Die Beschwerde gegen Entscheidungen des erkennenden Gerichts.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Paulus
aus München.

Approbiert am 12. Dezember 1935.

Buchdruckerei Michael Krahl, Erlangen-Bruck
1936

1936/112

Referent: Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt: Die systematische Abgrenzung 2

1. Kapitel: Entscheidungen der erkennenden Gerichte . 2

§ 1. Das erkennende Gericht im Hauptverfahren . . 3

§ 2. Entscheidungen des Vorsitzenden 12

§ 3. Das erkennende Gericht in besonderen Verfahrensarten 14

2. Kapitel: Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen 18

§ 4. Die Beziehung der Entscheidungen vor dem Urteil zur Urteilsfällung 18

§ 5. Die Abgrenzung zwischen den beschwerdefähigen und den nicht beschwerdefähigen Entscheidungen vor dem Urteil 23

§ 6. Fortsetzung: Das Interesse des Betroffenen an der Anfechtung der Entscheidung 33

§ 7. Der Ausgleich der Interessengegensätze . . . 41

§ 8. Die weiteren „Ausnahmen" des Satz 2 . . . 48

§ 9. Die Beschwerde im Berufungs-, Revisions- und Wiederaufnahmeverfahren 50

II. Abschnitt:

§ 10. Einzelne Fälle 53

Schluß 69

Verzeichnis der benutzten Literatur:

I. Lehrbücher, Einzeldarstellungen und Kommentare.

Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin 1928.

— Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren. Festschrift für Binding, Bd. 2, 1911 (= Beling, Festschrift).

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts Breslau 1900.

Binding, Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Auflage, Leipzig 1904.

Birkmeyer Deutsches Strafprozeßrecht, München, 1898.

Doerr, Strafprozeßordnung, Textausgabe mit Erläuterungen 13. Auflage München.

Feisenberger, Handkommentar zur Strafprozeßordnung, Berlin 1926.

Ferdinand, Das Rechtsmittel der Beschwerde im heutigen Deutschen Strafprozeß (Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts Heft XIV), Karlsruhe 1908.

Gerland, Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim 1927.

Köhler, Die Lehre von der Verteidigung, Gerichtssaal Bd. 53 S. 161ff.

v. Kries, Lehrbuch des Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.

Lamm, Das Rechtsmittel der Beschwerde im Strafprozeß Leipzig 1883.

v. Lilienthal Strafprozeßrecht Berlin 1923.

Löwe, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Auflage.

Löwe-Rosenberg, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 19. Auflage, Berlin 1933/34.

Oetker, Wirksamkeit der Entscheidungen, Präklusion von Beschwerden, Einstellungsbeschluß und Rechtshängigkeit. Würzburger Abhandlungen, Heft 2, Leipzig 1910.

Puchelt, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1881.

Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1929.

v. Schwarze, Kommentar zu der deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1878.

Stenglein, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. München 1898.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, München 1895.
Voitus, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1877.

II. Zeitschriften und Spruchsammlungen:

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goltdammer (= GA.)
Alsberg, Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, 3 Bände, Mannheim 1927 (= Alsb. Entsch.).
Deutsche Richterzeitung (= DRZ.).
Deutsche Strafrechtszeitung (= DStRZ.).
Deutsche Justiz.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (= RGSt.).
Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses (= BayObLG.).
Höchstrichterliche Rechtsprechung; Beilage zur Juristischen Rundschau (= HRR.).
Juristische Wochenschrift (= JW.).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (= LZ.).
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand (= Recht).
Sammlung von Entscheidungen des Oberlandesgerichts München in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses (= OLG. München Sammlung).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0160

Einleitung.

Die Strafprozeßordnung stellt in § 304 als allgemeinen Grundsatz auf, daß gegen alle von den Gerichten erster Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, des Untersuchungsrichters, des Amtsrichters und eines beauftragten oder ersuchten Richters Beschwerde zulässig sein soll, soweit nicht das Gesetz selbst diese Beschlüsse und Verfügungen ausdrücklich einer Anfechtung entzieht. Dies ist auch in zahlreichen einzelnen Fällen geschehen (z. B. in den §§ 28, 46 Abs. II, 153 Abs. III, 182 Abs. II StPO.). Abgesehen davon hat das Gesetz auch durch allgemeinere Bestimmungen die Beschwerdemöglichkeit versagt, z. B. gegen Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts (§ 304 Abs. III StPO.). Eine derartige allgemeine Vorschrift über den Ausschluß der Beschwerde ist auch § 305 StPO. Diese Bestimmung lautet:

„Entscheidung der erkennenden Gerichte, welche der Urteilsfällung vorausgehen, unterliegen nicht der Beschwerde. Ausgenommen sind Entscheidungen über Verhaftungen, Beschlagnahmen oder Straffestsetzungen, sowie alle Entscheidungen, durch welche dritte Personen betroffen werden."

§ 305 StPO. bezeichnet eine bestimmte Art von Entscheidungen, die von der Anfechtung durch Beschwerde ausgeschlossen sein sollen. Die Frage, wie diese Art im Einzelfall abzugrenzen ist, ist trotz des an sich klaren Wortlautes der Vorschrift nicht unbestritten, und soll daher im folgenden näher untersucht werden.

Zwei Gesichtspunkte sind ohne weiteres zu erkennen: ein erkennendes Gericht muß die Entscheidung erlassen haben, und die Entscheidung muß der Urteilsfällung vorausgehen, wenn die Beschwerde ausgeschlossen sein soll.

Keine Abgrenzung ist darin zu finden, daß das Gesetz von Entscheidungen spricht. Hierunter sind sowohl Verbescheidungen von Anträgen wie auch einseitige Anordnungen des Gerichts zu verstehen. Denn grundsätzlich unterliegt das ganze richterliche Verfahren der Beschwerde (vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 1 zu § 304).

I. Abschnitt.

1. Kapitel. **Die systematische Abgrenzung.**

Entscheidungen der erkennenden Gerichte.

Das strafprozessuale Verfahren gliedert sich in verschiedene Verfahrensabschnitte: in das (staatsanwaltschaftliche) Vorverfahren oder Ermittlungsverfahren, in das Zwischenverfahren zwecks Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, und in das Hauptverfahren selbst. Nicht nur in diesem letzteren, sondern in allen drei Abschnitten wird das Gericht tätig, wenn auch in verschiedenem Umfang. Im Vorverfahren ist die Tätigkeit des Gerichts lediglich eine funktionelle; im Zwischenverfahren hat sie nur den Zweck über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen. Zwar hat das Gericht in diesem Zwischenverfahren bereits die Sache selbst, den Straffall als Ganzes zu beurteilen, aber nicht zum Zwecke einer endgültigen Entscheidung. In diesen Stadien des Prozesses kann daher von Entscheidungen eines erkennenden Gerichtes nicht die Rede sein. Ebensowenig, soweit das Gericht nach Schluß des Hauptverfahrens tätig wird, etwa bei der Strafvollstreckung mitzuwirken hat. In allen diesen Fällen ist die Beschwerde gegen

Entscheidungen nicht nach § 305 StPO. ausgeschlossen. Es bleibt somit für die Anwendung des § 305 nur das Hauptverfahren.

§ 1. Das erkennende Gericht im Hauptverfahren.

I. Den wesentlichen Teil des Hauptverfahrens bildet die Hauptverhandlung, die mit dem sofort zu erlassenden Urteil endigt. Bei Gericht anhängig aber wird die Sache schon mit dem Eröffnungsbeschluß. An diesen schließt sich jedoch nicht unmittelbar die Hauptverhandlung an. Dazwischen liegt vielmehr noch ein Zeitraum, welcher der Vorbereitung der Hauptverhandlung dient, sowohl für das Gericht, wie auch für die Staatsanwaltschaft und den Angeklagten. Wenn auch dieses Vorbereitungsstadium kein selbständiger Verfahrensabschnitt ist, so hebt es sich doch einigermaßen deutlich von der Hauptverhandlung selbst ab. Es hat sich daher auch die Streitfrage ergeben, ob Entscheidungen, die in dieser Zeit ergehen, als Entscheidungen des erkennenden Gerichtes anzusehen sind. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob Entscheidungen, die vor der Hauptverhandlung ergehen schlechthin der Beschwerde zugänglich sein sollen nach der allgemeinen Bestimmung des § 304 StPO., oder ob sie den Entscheidungen in der Hauptverhandlung gleichzustellen, und dementsprechend von der Beschwerde ausgeschlossen sein sollen.

II. Zunächst war besonders in der Literatur die Auffassung vorherrschend, daß erkennendes Gericht nur dasjenige sei, das in der Hauptverhandlung tätig werde, während das Gericht, soweit es vorher Entscheidungen erlasse, als „beschließendes" Gericht gegenübergestellt wurde. Vertreter dieser Ansicht waren besonders v. Kries (s. 696), Stenglein (zu § 347), v. Schwarze (zu § 347), teilweise auch die Praxis der Oberlandesgerichte (z. B. OLG. Celle: GA. 61 159; OLG. Köln: Rhein. Arch. 7734). Die entgegengesetzte Ansicht, daß erkennendes Gericht das vom Er-Eröffnungsbeschluß an mit der Sache befaßte Gericht sei, begründete vor allem Löwe in seinem Kommentar zu

§ 347 StPO. Ihm folgte insoweit auch das Reichsgericht (RG. St. 45179). Diese Auffassung ist heute die überwiegende (vgl. Beling S. 348, Anm. 1; Gerland S. 401; Feisenberger Anm. 1 zu § 305; Ferdinand S. 153; und zahlreiche Entscheidungen der Oberlandesgerichte, z. B. Bay. ObLG. St. 1 43; 21 159; KG. GA. 77223; OLG. Celle GA. 61159; OLG. Darmstadt Albs. Entsch. Bd. 2 Nr. 85).

III. Beide Ansichten gehen von derselben Grundlage aus. Sie suchen beide festzustellen, was das Gesetz, die StPO. und das GVG. im allgemeinen unter erkennendem Gericht versteht. Hierbei kommt die eine Ansicht zu dem Ergebnis, daß kennzeichnendes Merkmal die Urteilsfällung als der Abschluß der Hauptverhandlung sei. Danach ist erkennendes Gericht dasjenige, das zur Urteilsfällung, zur Aburteilung, berufen ist (so Schwartze, Stenglein a. a. O.). Noch deutlicher definiert Lamm (§ 6) das erkennende Gericht als dasjenige, das zur Aburteilung zusammengetreten sei. Es wird damit abgestellt auf die Person dessen, der das Urteil erläßt. Diese ist allerdings vor der Hauptverhandlung nicht immer dieselbe wie in ihr. Das Gericht, das vor der Hauptverhandlung tätig wird, ist zum Teil mit ganz anderen Mitgliedern besetzt als das wirklich „erkennende" Gericht (Mamroth JW. 1930 2592 Anm.). So wird in Schöffengerichtssachen vor der Hauptverhandlung der Amtsrichter allein tätig, in Schwurgerichtssachen während der Schwurgerichtsperiode die richterlichen Mitglieder allein, außerhalb die Strafkammer.

Auch das Reichsgericht (RG. St. 43 179), ebenso Ferdinand (a. a. O.), versteht unter erkennendem Gericht dasjenige, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden soll. Es fügt aber hinzu: „Dieses Gericht ist nicht bloß für die Hauptverhandlung, sondern für das Hauptverfahren überhaupt zuständig (§ 209 StPO.), welches mit dem das Vorverfahren abschließenden Eröffnungsbeschluß seinem Anfang nimmt". Das Reichsgericht faßt damit die Tätigkeit des „erkennenden" Gerichts viel weiter als die gegenteilige Ansicht. Diese geht offenbar vom „Erkennen" als der

Tätigkeit des Gerichts aus, welche dieses unmittelbare bei Urteilsfällung ausübt. In der bloßen Subsumtion des Gesetzes auf vorhandenes Tatsachenmaterial aber erschöpft sich die Tätigkeit der Urteilsfindung nicht. Hierzu gehört auch schon das Beschaffen dieses Tatsachenmaterials, wie auch des zur Anwendung kommenden Rechtes, und zwar das eine jeweils unter Berücksichtigung des anderen (die sog. Sachgestaltung; vgl. Sauer S. 59). Im wesentlichen ist dies allerdings die Tätigkeit des Gerichts während der Hauptverhandlung. Die gleiche Tätigkeit obliegt aber dem Gericht zum Teil auch schon vor der Hauptverhandlung. Denn dieses Vorbereitungsstadium dient nicht etwa ausschließlich der Vorbereitung der Hauptverhandlung in formeller Hinsicht, mit Terminsanberaumung, Ladungen, Zustellungen usw., sondern auch in materieller Beziehung, indem z. B. schon jetzt die in Betracht kommenden Zeugen auszuwählen sind, über Beweisanträge zu entscheiden ist, teilweise jetzt schon Beweise aufzunehmen sind. Das gesamte Hauptverfahren dient somit einem einheitlichen Prozeßzweck, der Urteilsfindung und Urteilsfällung. Ein Unterschied zwischen Hauptverhandlung und dem übrigen Hauptverfahren läßt sich in dieser Richtung nicht finden. Daß die Mitglieder des Gerichts oder die entscheidenden Organe überhaupt nicht immer die gleichen sind, ist hier nicht von Bedeutung. Denn es handelt sich hier nicht um die abschließende Feststellung der Schuld oder Nichtschuld, und der entsprechenden Strafe. Nur diese Feststellung verlangt, daß der Richter das zu bewertende Material sich unmittelbar vor Augen führe (§ 226 StPO). Soweit es sich dagegen darum handelt, die noch ungeklärte Sache tatsächlich und rechtlich zu gestalten, also nur der einheitliche Zweck für die Tätigkeit von Bedeutung ist, können sehr wohl auch verschiedene Personen tätig werden, vorausgesetzt, daß sie alle im gleichen Sinne für den einen Zweck handeln, und sich in ihren Maßnahmen nicht widersprechen. Dies ist aber im vorliegenden Fall praktisch dadurch verhindert, daß der Vorsitzende regelmäßig derselbe ist.

Daß das Gesetz selbst bereits von dem Augenblick an, in dem die Sache bei Gericht anhängig wird, ein „erkennendes" Gericht anerkennt, beweist auch § 82 GVG. und § 124 StPO. (vgl. hierüber RG. a. a. O. und Ferdinand a. a. O.).

IV. Auch der Zweck des § 305 StPO. erfordert keine abweichende Auslegung des Begriffes des erkennenden Gerichtes. Allerdings bestehen auch über diesen Zweck Meinungsverschiedenheiten.

1. Nach einer Ansicht (besonders v. Kries a. a. O. und Stenglein a. a. O.) bezweckt das Gesetz mit dem Ausschluß der Beschwerde durch § 305 insbesondere den ungestörten Verlauf der Hauptverhandlung zu sichern. Denn durch die Zulassung der Beschwerden in dieser würde sie auseinandergesprengt. Bei Entscheidungen, die während der Vorbereitung der Hauptverhandlung ergingen, treffe dies dagegen nicht zu. Diese könnten die durch die Beschwerdebescheidung eintretende Verzögerung sehr wohl vertragen (Stenglein a. a. O.).

Zwar steht das Gesetz auf dem Standpunkt, daß die Hauptverhandlung von ihrem Beginne bis zum Urteil möglichst ohne Unterbrechung verlaufen solle, um so für das Gericht ein möglichst ungetrübtes Bild von der Sache für die Urteilsfällung zu gewährleisten. Es spricht aber nichts dafür, daß das Gesetz damit einen derart strengen Grundsatz aufstellen wollte, daß ihm gegenüber jedes, auch ein berechtigtes Interesse an einer Anfechtung zurückstehen müßte. Das Gesetz sieht ja auch selbst den Fall der Unterbrechung der Hauptverhandlung vor und bestimmt hierzu nur, daß dann die Hauptverhandlung innerhalb bestimmter kürzerer Frist fortgesetzt werden müsse (§ 229 StPO.). Soweit etwa die Beschwerde lediglich zum Zweck der Prozeßverschleppung eingelegt würde, kann ihr ja das Gericht dadurch begegnen, daß es die Verhandlung nicht aussetzt und so jede Störung verhindert. Denn die Beschwerdeeinlegung hat regelmäßig keine aufschiebende Wirkung. Gezwungen die Hauptverhandlung zu vertagen (wie OLG. Dresden JW. 1932 926 geltend macht) wird

das Gericht nicht. Andererseits wird es in Fällen, in denen die Beschwerde nach Lage der Sache nicht offensichtlich unberechtigt ist, die Verzögerung lieber mit in Kauf nehmen, und entweder seine Ansicht vom Beschwerdegericht bestätigt sehen, oder sie noch vor dem Fortgang des Verfahrens berichtigen. Schließlich ist auch zu bedenken, daß selbst die gegen eine im „vorbereitenden" Verfahren eingelegte Beschwerde zwar die Hauptverhandlung nicht zerreissen, wohl aber verzögern kann.

Die verzögernde Wirkung der Beschwerde kann daher zwar mit ein Grund sein für ihren Ausschluß, als der ausschlaggebende Grund aber kann sie nicht anerkannt werden. (Vgl. auch Beling S. 348, Anm. 1 a. E.).

2. Die Motive (S. 210) und ihnen folgend die herrschende Meinung (z. B. Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 305, Birkmeyer zu § 347, Ferdinand (S. 157), z. T. auch Beling a. a. O.) führen als Grund für den Ausschluß der Beschwerde gegenüber Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen zwei Gesichtspunkte an:

a) Ein Eingreifen des höheren Gerichtes vor der Urteilsfällung wäre hier mit der Stellung und Aufgabe des erkennenden Gerichtes unvereinbar.

b) Derjenige, der sich durch die Entscheidung beschwert fühlt, kann seine Beschwerdegründe durch Anfechtung des demnächst ergehenden Urteils geltend machen.

V. Geht man von dem Beispiel aus, das auch die Motive anführen, nämlich die Entscheidungen über Beweisanträge, so ist die Berechtigung der soeben angegebenen Begründung, zunächst für Entscheidungen in der Hauptverhandlung, ohne weiteres einzusehen.

1. Eine derartige Entscheidung hat den Zweck über die vorhandenen Mittel zur Aufklärung der Sache zu verfügen. Sie dient der Gestaltung der Sache und damit der Vorbereitung der Urteilsfällung. Sie ist für das Gericht eines der wesentlichsten Hilfsmittel um zu einem richtigen Sachurteil zu gelangen. Die Frage aber, welche Hilfsmittel im einzelnen Falle zur Urteilfindung beizuzie-

hen sind, ist vornehmlich eine Frage der Zweckmäßigkeit und des Einfühlens in die Sache, inwieweit sie schon geklärt ist, wo es noch der Klärung bedarf, in welcher Richtung, wodurch die Klärung am besten zu erreichen ist usw. Deshalb soll es nach dem Willen des Gesetzes dem erkennenden Gerichte überlassen bleiben, nach seinem Ermessen innerhalb des Rahmens der allgemeinen Prozeßvorschriften das Verfahren zur Herbeiführen eines sachgemäßen Urteils nach eigenem Ermessen zu gestalten.

Es ist zwar anerkannt, daß bei Beschwerde der Nachprüfung durch das höhere Gericht Ermessensfragen in gleicher Weise unterliegen wie Rechtsfragen (vgl. Ferdinand S. 95). Die Besonderheit bei der angeführten Art von Entscheidungen liegt jedoch nicht darin, daß sie meist Ermessensfragen betreffen, sondern in der angedeuteten inneren Beziehung gerade zur Urteilsfällung. Eine sachgemäßere Entscheidung wäre in solchen Fällen auch durch das höhere Gericht wohl kaum zu erwarten, namentlich auch mit Rücksicht darauf, daß dieses lediglich auf Grund der Akten die Entscheidung nachprüfen könnte und deshalb der Sache viel ferner stünde. Andererseits aber würde damit in das Urteilsverfahren des erkennenden Gerichtes eingegriffen. Ein solcher Eingriff wäre besonders auch deshalb nicht angebracht, weil es sich hier um Entscheidungen und Maßnahmen handelt, die nur vorläufigen Charakter tragen. Auch wenn das Gericht die Vernehmung eines Zeugen anordnet, so steht damit noch nicht fest, daß es dessen Aussage auch wirklich seinem Urteil zugrunde legen wird; oder wenn es die Ladung eines vom Angeklagten benannten Zeugen ablehnt, kann es im Laufe des Verfahrens den Zeugen immer noch vernehmen, wenn es dies für notwendig und zweckmäßig hält. Der Eingriff des höheren Gerichtes wäre daher insoweit auch verfrüht. Das erkennende Gericht wäre vielleicht bei nochmaliger Nachprüfung infolge der durch die Prozeßentwicklung veränderten Lage gezwungen auch von der Entscheidung des Beschwerdegerichts wieder abzugehen.

Bemerkungen in diesem Sinne finden sich verschiedentlich auch in Entscheidungen der Gerichte. So sagt z. B. das BayObLG. (Bd. 11 S. 80): „ ... Zwar ist nicht zu verkennen, daß dem erkennenden Gericht eine ihm notwendig erscheinende Feststellung unmöglich gemacht wird ...“; OLG. Goldmar (DStRZ. 3 89): „. . . . Wenn dem erkennenden Gericht die Erhebung eines Beweismittels nötig erscheint, so kann ihm dieselbe vom Beschwerdegericht nicht untersagt werden“ KG. (JW. 1932 485 Nr. 29): „ ... In allen diesen Fällen wäre ein Eingreifen des höheren Gerichts in das Beweisverfahren unangebracht, da die Auffassung des erkennenden Gerichts über dasjenige, was zur Beschaffung und Sicherung tauglicher Beweismittel als Grundlage für das von ihm zu erlassende Urteil erforderlich sei, nicht durch die Auffassung des Beschwerdegerichts ersetzt werden kann“; OLG. Darmstadt (Alsb. Entsch. Bd. 1 Nr. 209): „... weil es als mißständig angesehen werden müßte, wenn ein Beschwerdegericht genötigt sein würde auf Grund der Akten eine Entscheidung des erkennenden Gerichts nachzuprüfen, die von letzterem viel zutreffender und richtiger nach dem persönlichen Eindruck über den Angeklagten abgegeben werden kann“.

Das Interesse des erkennenden Gerichtes an einem sachlich, nicht nur formell ungestörten Urteilsverfahren an ungestörter Sachgestaltung, fordert somit den Ausschluß der Beschwerde in solchen Fällen. Hieran ändert auch nichts, daß das erkennende Gericht an die Entscheidung des Beschwerdegerichtes nicht gebunden wäre, wie etwa an eine präjudizielle Entscheidung. (Vgl. RG.St. 59 241). Denn die angeführten Gründe gehen nicht von einer solchen Bindung aus. Abgesehen davon wird das erkennende Gericht normalerweise von der Entscheidung des Beschwerdegerichts nur abweichen, wenn neue Umstände hierfür sich ergeben; kaum aber mit der Begründung, daß das Beschwerdegericht die Sache unrichtig beurteilt habe.

2. Diesem Interesse des erkennenden Gerichts am Ausschluß der Beschwerde in solchen Fällen, steht das Interesse der von der Entscheidung Betroffenen gegenüber,

die Entscheidung der Nachprüfung eines höheren Gerichts unterstellen zu können. Beide Interessen lassen sich nicht miteinander vereinbaren. Bei Entscheindungen über das Beweisverfahren ist ein Interesse an sofortiger, selbständiger Nachprüfung vor dem Urteil nicht anzuerkennn, wenn der Angeklagte oder der Staatsanwalt, d. h. die materiell interessierten Prozeßbeteiligten betroffen sind. Denn als Hilfsmittel für die Urteilsfällung fehlt dieser Entscheidung die selbständige Bedeutung. Sie wirkt sich, wenn überhaupt, dann nur durch das Urteil aus, das sie dann beeinflußt hat. In diesem Falle aber übernimmt das gegen das Urteil zulässige Rechtsmittel die Funktion der Beschwerde, gegen die Entscheidung mit (Beling a. a. O.). Die Beschwerde ist daher überflüssig. Ihre Zulassung käme in solchen Fällen vielmehr der Zulassung einer weiteren Instanz zur Nachprüfung in der Sache gleich, namentlich dann, wenn das Beschwerdegericht nicht zugleich auch Berufungsgericht ist, erst recht, wenn gegen das Urteil nur Revision eingelegt wird. Die Nachprüfung der dem Urteil vorausgehenden Entscheidungen auch noch in der Revisionsinstanz ermöglicht die Bestimmung des § 336 StPO., falls die Entscheidung für das Urteil kausal geworden ist. Für das Berufungsverfahren kommt hier § 328 Abs. II StPO. in Betracht.

VI. Diese Gründe für den Ausschluß der Beschwerde stehen in keinerlei Beziehung gerade zur Hauptverhandlung. Entscheidungen, die vor ihr ergehen, können daher einer abweichenden Beurteilung hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschwerde nur dann unterliegen, wenn für sie diese Gründe nicht zutreffen.

1. Auch wenn man die Untersuchung beschränkt auf Beweisbeschlüsse und Entscheidungen über Beweisanträge, zeigt sich, daß sie vor der Hauptverhandlung ebenso ergehen wie in dieser. Auch das Gesetz geht von dieser Tatsache aus, wie aus den §§ 219, 221 StPO. zu entnehnehmen ist. Es handelt sich hierbei nicht um vorläufige Entscheidungen in dem Sinne, daß sie etwa der besonderen Bestätigung in der Hauptverhandlung bedürften. Es

ist daher bei ihnen ein Eingreifen eines höheren Gerichtes genau so wenig angebracht, wie bei Entscheidungen, die in der Hauptverhandlung ergehen.

2. Was die Möglichkeit der Anfechtung solcher vor der Hauptverhandlung ergehender Entscheidungen mit dem Urteil anlangt, so ist dies nicht grundsätzlich ausgeschlossen (Ferdinand S. 158; Löwe-Rosenberg zu § 336). Vorausgesetzt ist hier jedoch immer, daß das Urteil auf dieser Entscheidung beruht, wie § 336 StPO. ergibt. Dies ist allerdings gerade bei Entscheidungen über Beweisanträge vor der Hauptverhandlung nicht immer der Fall. So dann nicht, wenn Beweisanträge des Angeklagten abgelehnt werden. Denn hier kann der Angeklagte entweder die etwa beantragten Zeugen selbst laden lassen (§ 220 StPO.), oder er kann seinen Beweisantrag in der Hauptverhandlung wiederholen. Tut er dies nicht, so kann er das Urteil nicht deshalb anfechten, weil sein Beweisantrag vorher abgelehnt worden ist. Trotzdem fordert aber auch in diesen Fällen das Interesse des Betroffenen, hier des Angeklagten, die Zulassung der Beschwerde nicht. Denn er kommt, wenn auch nicht durch Anfechtung des Urteils, so doch auf andere Weise zur Nachprüfung der ihn berührenden Entscheidung.

Es ergibt sich also, daß auch der Zweck und der Grund der Vorschrift des § 305 dem allgemeinen Begriff des erkennenden Gerichtes, wie er oben angegeben wurde, nicht entgegensteht. (Vgl. Ferdinand S. 157). Zweck und Gründe fordern vielmehr gerade die Auslegung in diesem Sinne. So sagt auch schon das Reichsgericht (RGSt. 43 179): „.... Auch würden ohne inneren Grund Entscheidungen desselben Inhalts je nachdem sie vor der Hauptverhandlung oder in einer mit Vertagung abschließenden Hauptverhandlung erlassen werden der Beschwerde unterliegen oder nicht". Aehnlich auch OLG. Dresden (JW. 1930, 3361). Die herrschende Meinung nimmt daher mit Recht an, daß alle Entscheidungen vom Eröffnungsbeschluß bis zum Urteil der die Zulässigkeit der Beschwerde einschränkenden Bestimmung des § 305 unterliegen.

§ 2. Entscheidungen des Vorsitzenden.

In engem Zusammenhang mit der soeben behandelten steht die andere ebenfalls bestrittene Frage, ob Entscheidungen, die der Vorsitzende erläßt, als Entscheidungen des erkennenden Gerichtes im Sinne des § 305 StPO. anzusehen sind. Denn gerade zur Vorbereitung der Hauptverhandlung wird weniger das Gericht, als überwiegend der Vorsitzende tätig. So sagt z. B. von Schwarze (zu § 347): „Die in der Vorbereitung der Hauptverhandlung vorkommenden Verfügungen des Vorsitzenden sind hier (in den Entscheidungen, die unter § 347 fallen) nicht mit begriffen."

Die Beantwortung auch dieser Frage kann nur abhängen von der Art und Weise, in welcher der Vorsitzende tätig wird. Soweit er Entscheidungen oder Anordnungen trifft, die als spezifische Erkenntnistätigkeit anzusehen sind, ist eine Nachprüfung durch ein höheres Gericht ebensowenig angebracht, wie wenn das Kollegium entscheidet. Daß es auf das Organ, welches den Beschluß usw. erläßt, hier nicht ankommt, zeigt am besten das Verfahren vor dem Einzelrichter am Amtsgericht. Dort entscheidet über alle in Betracht kommenden Angelegenheiten derselbe Richter. Nur der Gegenstand seiner Entscheidung ist jeweils verschieden.

Zu berücksichtigen ist aber, daß der Vorsitzende eine Doppelstellung hinsichtlich seiner Tätigkeit einnimmt. Er wird bald kraft eigenen Rechtes tätig (z. B. gemäß §§ 228 Abs. II, 231 Abs. I, 238 Abs. I, 248 StPO., 192 Abs, II GVG.), bald nur als Vertreter des Gerichts (z. B. nach den §§ 57, 58, 61, 244, 249 StPO). Die Anordnungen, die der Vorsitzende kraft eigenen Rechtes erläßt, beziehen sich durchwegs auf die Hauptverhandlung, und zwar ausschließlich auf die formelle Leitung, wie Anordnung kürzerer Unterbrechungen, Anordnung von Maßregeln um die unzeitige Entfernung des Angeklagten zu verhindern, die Vernehmung des Angeklagten, die Aufnahme der Beweise usw. Derartige Anordnungen sind der Nachprüfung

durch das Kollegium entzogen. Im übrigen aber, und das ist als die Regel anzusehen, ist er nicht unabhängig von diesem (vgl. Gerland S. 80.) Insoweit handelt es sich eben um Entscheidungen, deren Gegenstand in Beziehung zur Sache selbst steht. Deren Gestaltung ist aber gerade Sache des Kollegiums. Handelt der Vorsitzende als Vertreter des Kollegiums, so sind seine Entscheidungen diesem zuzurechnen. Die Zulassung der Beschwerde würde auch in diesen Fällen einen unangemessenen Eingriff in die Stellung und Aufgabe des erkennenden Gerichtes selbst bedeuten. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, daß der Vorsitzende im gegebenen Fall kraft gesetzlicher Vorschrift berufen war als Organ des erkennenden Gerichts die Verfügung zu erlassen (OLG. Kassel GA. 53 83). Die Entscheidungen, die der Vorsitzende als Vertreter oder Organ des Gerichts erläßt, sind es gerade, die vor der Hauptverhandlung liegen. Denn in diesem Stadium ist das Kollegium meist noch nicht so eingehend mit der Sache befaßt, wohl aber der Vorsitzende (vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 1 zu § 219). Die Stellung des Vorsitzenden entspricht in diesem Punkte der Stellung und Aufgabe der Strafkammer vor Zusammentritt des Schwurgerichts. Er hat wie diese die Funktionen des in der Sache entscheidenden Gerichts auszuüben. (vgl. auch Birkmeyer S. 285). Insoweit kann daher hinsichtlich des Ausschlusses der Beschwerde kein Unterschied gemacht werden zwischen seinen Entscheidungen und denen des Kollegiums. (vgl. hierzu auch OLG. Köln Recht 1931 452).

Bei dieser Unterscheidung nach der Art der Tätigkeit des Vorsitzenden ist auch der Einwand, der verschiedentlich gegen die Anwendung des § 305 auf Entscheidungen des Vorsitzenden erhoben wird, nicht stichhaltig, daß dadurch § 304 Abs. I StPO., soweit er von Verfügungen des Vorsitzenden spreche, gegenstandlos werden würde (so v. Kries S. 697, Stenglein zu § 347, Ullmann Anm. 3 zu § 347, Lamm S. 23, OLG. Dresden Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 73 d.). Denn der Vorsitzende entscheidet nicht immer als Vertreter des Kollegiums. In diesen Fällen, in

denen der Vorsitzende kraft eigenen Rechtes entscheidet, ist daher die Beschwerde der Beschränkung des § 305 nicht unterworfen.

Daß die Anfechtung des Urteils durch den Hinweis auf eine fehlerhafte Entscheidung des Vorsitzenden grundsätzlich ausgeschlossen sein sollte, bringt das Gesetz nicht zum Ausdruck (vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 2a zu § 336). Es genügt also hier genau so wie bei den Entscheidungen des Gerichts selbst die Möglichkeit die Entscheidung des Vorsitzenden mit dem Urteil anfechten zu können. Soweit allerdings der Vorsitzende als Organ des Kollegiums in der Hauptverhandlung tätig wird (so besonders bei der Sachleitung gemäß § 238 Abs. II StPO.), sind Rechtsverstöße mit Revision regelmäßig nicht unmittelbar anfechtbar, da in diesen Fällen erst das Kollegium erfolglos angerufen sein muß (RG. JW. 1930 760; 1931 950). Soweit er dagegen selbständig an Stelle des Gerichts entscheidet, ohne daß diese Entscheidung noch einer Kontrolle des Gerichts unterliegen würde, wie dies regelmäßig bei den Entscheidungen des Vorsitzenden vor der Hauptverhandlung der Fall ist, läßt sich die Möglichkeit nicht grundsätzlich ausschließen, daß auf seiner Entscheidung des Urteils beruht (§ 336 StPO.).

§ 305 ist daher hier in demselben Maße anwendbar, wie gegenüber Entscheidungen des erkennenden Gerichtes selbst. Dies ist auch die herrschende Meinung (vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 3 zu § 305 und die dort zitierten Entscheidungen, besonders des OLG. München und des Bayr. Ob. LG. vgl. auch z. B. OLG. Köln Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 73a; Recht 1931 452; OLG. Hamburg GA. 75 315).

§ 3. Das erkennende Gericht in besonderen Verfahrensarten.

I. Im ordentlichen Verfahren ist der Beginn des Hauptverfahrens, mit dem nach dem Gesagten das erkennende Gericht in Tätigkeit tritt, an den Eröffnungsbeschluß geknüpft (§ 203 StPO.). Dieser förmliche Beschluß, der selbst noch nicht zum Hauptverfahren gehört, und dessen An-

fechtung besonders geregelt ist (§ 210 StPO.), scheidet deutlich das Vor- und Zwischenverfahren vom Hauptverfahren und damit das beschließende vom erkennenden Gericht. In den besonderen Verfahrensarten, welche die StPO. kennt, fehlt zumeist ein solcher scharfer Verfahrenseinschnitt. Als entscheidender Gesichtspunkt für die Annahme eines erkennenden Gerichtes wurde oben die Art der Tätigkeit des Gerichtes festgestellt. Derselbe Gesichtspunkt muß auch hier die Lösung der Frage bringen, von welchem Zeitpunkt ab Entscheidungen solche des erkennenden Gerichtes sind. Maßgebend wird allgemein sein, wann der Wille des zur Entscheidung in der Sache berufenen Gerichtes erkennbar hervortritt die Hauptverhandlung durchzuführen oder, wenn es auf den Willen und die Entschließung des Gerichtes nicht mehr ankommt, sobald die Sache an das Gericht gelangt und es mit ihr befaßt wird.

1. Von den besonderen Verfahrensarten lassen sich als eine Gruppe für sich die auf demselben Grundgedanken beruhenden sog. summarischen Verfahren zusammenfassen: das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO.), das Verfahren nach vorausgegangener polizeilicher Strafverfügung (§§ 413 ff. StPO.), das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle (§§ 419 ff. StPO.). Hier lassen sich eigentlich zwei Erkenntnisverfahren unterscheiden: ein summarisches, zusammengezogen in den Erlaß eines Strafbefehls, einer Strafverfügung usw. und ein dem ordentlichen Verfahren entsprechendes, wenn gegen den Strafbefehl usw. Einspruch eingelegt oder Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt wird (§§ 411, 414, 420 StPO.). In diesem letzteren Falle wird zur Hauptverhandlung geschritten, ohne daß noch eine besondere Prüfung des Gerichtes darüber, ob eine Hauptverhandlung und damit ein Hauptverfahren stattfinden solle, zulässig wäre (Löwe-Rosenberg Anm. 4 zu § 411). Dies dürfte seinen Grund darin haben, daß das Gericht, oder das sonst in Betracht kommende Organ, wie die Polizeibe-

hörde oder die Steuerbehörde, sich schon bei Erlassung des Strafbefehls usw. schlüssig werden muß, ob hinreichender Verdacht einer strafbaren Handlung, und damit genügender Anlaß zur Durchführung auch eines Erkenntnisverfahrens vorhanden ist. Solange es sich nur um die Erlassung des Strafbefehls usw. handelt, die keinerlei gerichtliche Beweisaufnahme und dgl: erfordert läßt sich von einem Erkenntnisverfahren noch nicht sprechen. Wohl aber, nach dem oben Gesagten, sobald feststeht, daß es überhaupt zu einer ordentlichen Verhandlung kommen wird; das ist mit Eingang des Einspruches oder des Antrags auf gerichtliche Entscheidung. OLG. München (Str. S. Bd. 3 S. 111) vertritt hinsichtlich des Strafbefehlverfahrens die Ansicht, daß die Einspruchseinlegung den daraufhin tätig werdenden Richter noch nicht zum erkennenden Richter mache (die Ablehnung des Richters gleichzeitig mit Einlegung des Einspruchs sich daher nicht gegen einen erkennenden Richter richte), sondern noch irgend eine weitere auf die Hauptverhandlung abzielende Tätigkeit des betreffenden Richters, z. B. die Anberaumung des Termins zur Hauptverhandlung erforderlich sei; denn der Strafbefehl habe nur die Eigenschaft einer Anklageschrift und es erscheine im Zeitpunkt der Einspruchseinlegung noch ungewiß, ob es zur Hauptverhandlung kommen werde. Demgegenüber betont aber das Bayr.Ob.LG. (Bd. 3 405; Bd. 19, 78; Alb. Entsch. Bd. 1 Nr. 82 b), daß der Strafbefehl auch den Eröffnungsbeschluß vertrete und im Falle des Einspruches ohne weiteres zur Hauptverhandlung geschritten werde. Aehnlich sagt auch OLG. Rostock (Alsb. Entsch. Bd. 1. Nr. 252): „Bei dem im 6. Buch der StPO. geregelten Verfahren, wo ein gerichtlicher Eröffnungsbeschluß nicht erfolgt, ist das Prozeßstadium nach Begründung der gerichtlichen Kompetenz demjenigen nach Eröffnung des Hauptverfahrens gleichzustellen". Beling (Bennecke-Beling S. 660) spricht davon, daß der Strafbefehl latent eine bedingte Eröffnung des Hauptverfahrens enthalte.

Beschwerde gegen eine Entscheidung des Gerichts

ist demnach von Eingang des Einspruches ab nur mehr nach Maßgabe des § 305 zulässig.

Für den Strafbescheid des § 419 StPO. und die Strafverfügung des § 413 könnte man an eine abweichende Beurteilung insofern denken, als diese nicht von einem Gericht, sondern von der Polizei- bezw. Steuerbehörde erlassen werden. Beling (S. 478, 481) vertritt daher auch die Ansicht, daß hier erst in der Vorlegung der Akten durch die Staatsanwaltschaft gemäß §§ 414 Abs. II, 420 StPO. die Erhebung der öffentlichen Klage liege. Da jedoch der Grundgedanke dieser Verfahrensarten demjenigen des Strafbefehls vollkommen gleicht, ist nicht einzusehen, warum die Verschiedenheit der erlassenden Behörde hier einen Unterschied begründen sollte. Auch ist im Gesetz nicht vorgesehen, daß das Gericht auf die Vorlegung der Akten hin über die Eröffnung oder Nichteröffnung des gerichtlichen Verfahrens auf Grund der Prüfung des Verdachtes beschließen könnte. Keinen Unterschied macht z. B. auch Binding (S. 218): „Der Strafbescheid vertritt auch hier den Eröffnungsbeschluß". — Sobald daher der Antrag auf gerichtliche Verhandlung eingegangen ist, ist das Gericht als erkennendes mit der Sache befaßt und dann Beschwerde gemäß § 305 StPO. ausgeschlossen.

2. Kein Eröffnungsbeschluß ist auch vorgesehen für das vereinfachte Verfahren vor dem Amtsgericht nach § 212 StPO. Wohl aber ist hier eine Anklage erforderlich, wenn auch nicht in schriftlicher Form. Das Gericht muß sich daher doch, wenn auch nicht in Form eines Beschlußes, darüber entscheiden, ob es auf Grund dieser Anklage zur Hauptverhandlung schreiten will. Dieser Entschluß kommt wohl am besten darin zum Ausdruck, daß das Gericht überhaupt in die Hauptverhandlung eintritt. Ein erkennendes Gericht ist daher anzunehmen, wenn das Gericht Entscheidungen oder Maßnahmen trifft, die darauf schließen lassen, daß es die Hauptverhandlung durchführen will, z. B. schon im Falle der Anordnung einer La-

dung. Von da ab ist die Beschwerde nach § 305 ausgeschlossen.

3. Die gleiche prozessuale Lage findet sich im Verfahren vor den Sondergerichten (VO. vom 21. 3. 33, RGBl. I S. 136). Hier fehlt es zwar nicht an einer Anklageschrift, wohl aber auch wieder an einem Eröffnungsbeschluß. Das Gericht muß aber nicht, wie etwa im Strafbefehlsverfahren ohne weiteres auf die Einreichung der Anklageschrift hin die Hauptverhandlung eröffnen. Vielmehr ist auch hier ein erkennendes Gericht erst anzunehmen, wenn erkennbar wird, daß das Gericht das Hauptverfahren durchführen will, z. B. wenn es Termin anberaumt hat.

4. Für das Verfahren zur nachträglichen Anordnung von Maßregeln der Sicherung und Besserung nach Art. 14 Abs. II Ausf. Ges. zum Ges. über gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 33, sowie für das Sicherungsverfahren nach § 429b StPO. gelten die Vorschriften über das ordentliche Strafverfahren sinngemäß. Bestimmt ist nur, daß an die Stelle der Anklageschrift eine Antragsschrift tritt. Das Gericht hat hiernach über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden, oder in den Fällen, in denen der Eröffnungsbeschluß unterbleibt, die Hauptverhandlung anzuberaumen. Von da an ist somit das Gericht erkennendes im Sinn des § 305 StPO.

2. Kapitel: **Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen.**

§ 4. **Die Beziehung der Entscheidungen vor dem Urteil zur Urteilsfällung.**

I. Daß das Gesetz nicht schlechthin alle Entscheidungen vor dem Urteil einer Anfechtung durch Beschwerde entziehen wollte, ergibt die Bestimmung in § 304 StPO., der die Beschwerde grundsätzlich zuläßt gegen alle Entscheidungen der Gerichte in erster Instanz und der Berufungsinstanz. Zwar gilt dies nur soweit als das Gesetz

die Beschwerde nicht ausdrücklich ausschließt. Die Bestimmung des § 304 wäre aber wertlos, wenn § 305 wieder alle Entscheidungen vor dem Urteil von der Beschwerde ausschließen würde. Denn gerade die Gerichte erste Instanz und die Berufungsgerichte sind erkennende Gerichte. Das Gesetz bestimmt daher auch in § 305 Satz 1, daß nur diejenigen Entscheidungen von der Beschwerde ausgeschlossen sein sollen, die der Urteilsfällung vorausgehen.

Was hierunter zu verstehen sei, ist bestritten. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber:

1. Die Vorschrift ist rein zeitlich aufzufassen. Von der Beschwerde ausgeschlossen sind alle Entscheidungen des erkennenden Gerichtes, die zeitlich vor dem Urteil liegen.

2. Die Bestimmung ist nicht zeitlich, sondern inhaltlich aufzufassen. Ausgeschlossen sollen diejenigen Entscheidungen sein, die in sachlicher Beziehung zur Urteilsfällung stehen.

II. Die Ansicht, daß die Bestimmung des § 305 Satz 1 rein zeitlich zu nehmen sei, war früher die überwiegende. Vertreter waren insbesondere v. Kries (S. 696), v. Schwarze (zu § 347), dem Sinn nach auch Lamm (S. 22), Voitus (Anm. 1 zu § 347), ferner Binding (S. 280), heute noch Gerland (S. 401). In der Rechtsprechung ist hier besonders die Entscheidung des Reichsgerichts (RG. St. Bd. 43 179) zu nennen. Ihm hat sich noch in einem Beschlusse vom 7. 11. 19 (GA. 68 218) das Kammergericht angeschlossen. Die gleiche Ansicht bringt zum Ausdruck OLG. Köln (Rhein. Arch. Bd. 77 34), OLG. Celle (GA. 38 218), OLG. Dresden (JW. 1927 2076).

1. Nicht zu bestreiten ist, daß der Wortlaut des § 305 dieser Ansicht am meisten entspricht. Immerhin ist aber zu bedenken, daß das Gesetz, wollte es lediglich das zeitliche Prozeßstadium entscheiden lassen, über den Ausschluß der Beschwerde, einfacher von einem Ausschluß „in der Hauptverhandlung“ oder „im Hauptverfahren“

hätte sprechen können. Statt dessen knüpft das Gesetz gerade an das „erkennende Gericht“ und an die „Urteilsfällung“ an.

Im übrigen kommt es weniger auf den Wortlaut, als auf den inneren Sinn und Zweck der Vorschrift an.

2. Die erwähnte Ansicht findet den inneren Grund für den Anschluß der Beschwerde gegenüber allen zeitlich der Urteilsfällung vorausgehenden Entscheidungen, sei es nur während der Hauptverhandlung (so v. Kries u. a.), sei es während des gesamten Hauptverfahrens (so besonders RG. a. a. O.), einerseits in der Wirkung der Beschwerdeeinlegung auf den Fortgang des Verfahrens, andererseits in der Wirkung des fortschreitenden Verfahrens auf die Möglichkeit der Beschwerdeeinlegung.

a) Der erste Gesichtspunkt wurde bereits oben (S. 5) erwähnt: die Störung, insbesondere der Hauptverhandlung. Auf seine subsidiäre Bedeutung wurde ebenfalls hingewiesen. Auch könnte dieser Grund für jedes andere mündliche Verfahren mit der gleichen Berechtigung geltend gemacht werden.

b) Beachtlicher ist wohl der andere Gesichtspunkt, daß die Beschwerde gegenstandslos werde, sobald das Urteil ergangen sei. Er beruht auf der Erwägung, daß es mit der Struktur des Strafprozesses unvereinbar sei, wenn ein Urteil durch eine gegen einen vorausgegangenen Beschluß erhobene Beschwerde beseitigt werden könne (OLG. Stuttgart JW. 1933, 1611). Die Richtigkeit dieses Satzes kann nicht bestritten werden. Denn in einem solchen Falle, wenn die vorausgehende Entscheidung vom Beschwerdegericht geändert oder aufgehoben würde, müßte das ganze weitere Verfahren mit samt dem Urteil als nichtig behandelt werden, wie wenn das Revisionsgericht das Urteil ausdrücklich aufgehoben hätte. Denn anders wäre die Entscheidung des Beschwerdegerichts wertlos. Eine derartige Wirkung der Beschwerdeentscheidung ist vom Gesetz zweifellos nicht beabsichtigt.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, daß eine Beschwerdeentscheidung nach dem Urteil über eine voraus-

gegangene Entscheidung mit der Struktur des Strafprozesses nicht vereinbar ist, kann daraus allein nicht die Unzulässigkeit der Beschwerde überhaupt geschlossen werden. Denn es bleibt immer noch die Möglichkeit, daß die Entscheidung über die eingelegte Beschwerde noch vor dem Urteil ergeht. So namentlich dann, wenn das erkennende Gericht auf die Beschwerdeeinlegung hin die Verhandlung aussetzt, wozu es allerdings nicht verpflichtet ist. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt die Beschwerde schon wegen der bloßen Möglichkeit, daß sie gegenstandslos werden könnte, von vorn herein allgemein auszuschließen. OLG. Stuttgart fügt daher auch seinem oben angeführten Satze noch hinzu: „. . . vielmehr kann dies (die Beseitigung des Urteils wegen einer fehlerhaften vorausgegangenen Entscheidung) nur auf Grund der Nachprüfung auf Berufung oder Revision geschehen". Der Grund ist also: der durch die Entscheidung Betroffene hat eine andere Möglichkeit die Entscheidung nachprüfen zu lassen, als gerade durch Beschwerde. Oetker (S. 14) bemerkt hierzu: Es „ergibt sich aus der Weiterentwicklung des prozessualen Tatbestandes häufig der Fortfall des Beschwerderechtes. Entweder im Sinne völligen Ausschlusses einer Anfechtung oder nur durch Beseitigung separater Anfechtung, indem einem neu entstandenen umfassenderen Rechtsbehelf, einer Berufung, Revision, zugleich die Funktion der bisherigen Beschwerde zufällt." Die Verfolgung dieses Gedankens führt aber schließlich zu der erwähnten zweiten Ansicht.

II. Diese rechtfertigt den Ausschluß der Beschwerde aus der Beziehung der angefochtenen Entscheidung zur Urteilsfällung und zum Urteil selbst. Einmal bedeute die Zulassung der Beschwerde gegen Entscheidungen, die dem Urteil vorausgehen, einen Eingriff in das Urteilsverfahren des erkennenden Gerichts. Sodann sei entscheidend, daß der von der Entscheidung Betroffene seine Beschwerdegründe mit der Anfechtung des Urteils geltend machen könne.

Auch diese Auffassung geht also auf ähnliche Grund-

gedanken zurück wie die erstgenannte. Nämlich einerseits, daß die Beschwerde für das erkennende Gericht eine Störung bedeute, somit seinen Interessen zuwiderlaufe, andererseits die Beschwerde nicht notwendig sei, weil der Betroffene durch Anfechtung des Urteils zu seinem Recht komme. Ihre Verschiedenheit liegt darin, daß die erste Ansicht alle Entscheidungen, soweit sie vor dem Urteil liegen, gleich behandelt, während die zweite Ansicht auf die im einzelnen verschiedene Natur dieser Entscheidungen und ihre Beziehung zum Urteil eingeht. Erkennt man aber die angedeuteten Grundgedanken für berechtigt an, so muß man dies auch hinsichtlich einer solchen Differenzierung tun.

Diese zweite Auffassung entwickelte sich aus der Praxis insbesondere daraus, daß man auf Fälle stieß, in denen nach der älteren Ansicht Beschwerde ausgeschlossen war, „innere Gründe" aber (OLG. Karlsruhe Recht 1931 787) die Zulassung der Beschwerde forderten. Vertreter dieser Ansicht waren ursprünglich besonders Löwe (zu § 347) und das Bayr. Ob. L. G. in ständiger Rechtsprechung. Zahlreiche Oberlandesgerichte haben sich inzwischen angeschlossen. Im 67. Band S. 310 hat auch das Reichsgericht diese Ansicht anerkannt. In der Literatur wurde sie sonst zum Teil schon gebilligt von Birkmeyer (zu § 347) und Puchelt (Anm. 11 zu § 347). Sie wird ferner vertreten von Ferdinand (S. 165), Beling S. 348 Anm. 1), Feisenberger (zu § 305), v. Bomhard (Recht 10 365), Mannheim (JW. 1927, 2076). Sie ist heute als die herrschende anzusehen.

Bekämpft wird sie vor allem mit der Begründung, daß sie im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck komme, und daß die Motive zwar hiervon als dem Regelfall sprächen, die Beziehung zum Urteil aber nicht im Einzelfalle nachweislich müsse festgestellt werden können (so RG. St. 43 179; OLG. Dresden JW. 1927 2076). Dagegen entspricht die Ansicht allgemeinen inneren Grundgedanken des Gesetzes, insbesondere dem, daß überall wenigstens eine Anfechtungs- und Nachprüfungsmöglich-

keit gegeben sein soll. (§ 304 StPO.; vgl. auch Löwe 7. Aufl. Anm. 4 zu § 347).

Dem Grundsatz nach muß daher diese Ansicht als richtig anerkannt werden. Dagegen ist die Abgrenzung hiernach, insbesondere auch die dafür maßgebenden Gesichtspunkte, im einzelnen nicht immer einheitlich. Hierauf ist im folgenden näher einzugehen.

§ 5. Die Abgrenzung zwischen den beschwerdefähigen und den nicht beschwerdefähigen Entscheidungen vor dem Urteil.

I. Allgemein läßt sich zunächst soviel sagen, daß ein Grund zum Ausschluß der Beschwerde gegen eine Entscheidung dann nicht gegeben ist, einmal, wenn ihre Nachprüfung durch eine höhere Instanz keinen unangemessenen Eingriff in die Stellung und Aufgabe des erkennenden Gerichtes bedeutet, sodann, wenn dem Recht des Betroffenen auf Nachprüfung der Entscheidung, sofern ein solches überhaupt besteht, durch Gewährung der Anfechtungsmöglichkeit mit dem Urteil vollkommen Rechnung getragen ist. Es ist daher zu untersuchen, ob es einerseits Entscheidungen gibt, für deren Nachprüfung das Interesse des erkennenden Gerichtes nicht hinderlich ist, andererseits solche, die den Betroffenen derart beschweren, daß die Anfechtung des Urteils keine, oder nicht genügende Abhilfe bringt.

II. Das Interesse des erkennenden Gerichtes am Ausschluß der Beschwerde.

Dieses beruht darauf, daß dem erkennenden Gericht in sein Urteilsverfahren nicht eingegriffen, und dieses nicht nachgeprüft werden soll, bevor nicht das Urteil selbst, das Ergebnis dieses Verfahrens vorliegt. Denn damit würde man, wie oben angedeutet, einerseits dem Beschwerdegericht Funktionen des erkennenden Gerichtes übertragen, andererseits wäre die Nachprüfung voreilig, weil das erkennende Gericht endgültig noch nicht entschieden hat. Dieser Gesichtspunkt trifft aber nur zu bei

Entscheidungen, die den Zweck haben das Urteil sachlich zu gestalten. Sauer (S. 112) bezeichnet sie als Verfolgungshandlungen, im Gegensatz einerseits zu der Gestaltung der Sache selbst, andererseits zu den bloßen Verfahrensakten. Die herrschende Meinung spricht im Anschluß an die Motive von „Entscheidungen, die der Vorbereitung der Urteilsfällung dienen" (vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 4 zu § 305; RG. St. 67 310 u. a.). Teilweise wird allerdings diese Zweckbeziehung nur schlechthin als „innerer Zusammenhang" mit der Urteilsfällung bezeichnet (z. B. KG. GA. 67 464; wohl auch OLG. Dresden JW. 1932 962).

1. Vorbereitung der Urteilsfällung kann eine Entscheidung nur dann dienen, wenn sie ihr zeitlich vorausgeht. Insofern ist auch hier das Zeitmoment von Bedeutung. Daher unterliegen Entscheidungen, die der Urteilsfällung nachfolgen nicht der Beschränkung des § 305, z. B. Entscheidungen des Gerichts über Gnadengesuche (Deutsche Justiz 1934 182), sei es auch des erkennenden Gerichtes, z. B. über den Antrag auf Bestellung eines Verteidigers zwecks Anbringung der Revisionsanträge (Ferdinand S. 163).

Im übrigen ist unter Vorbereitung der Urteilsfällung nur die Vorbereitung für das Sachurteil zu verstehen. Soweit eine Entscheidung lediglich das Verfahren betrifft, fällt sie nicht unter die Gruppe von Entscheidungen, bei denen das Interesse des erkennnenden Gerichtes dem Ausschluß der Beschwerde fordert, wenn sie auch letzten Endes alle dem allgemeinen Prozeßzweck, der konkreten Gestaltung des objektiven Rechts (vgl. Sauer S. 306 b) dienen. Solche Entscheidungen lassen sich nicht nur auf Grund eines Studiums der Akten zum Zweck der Urteilsfällung nachprüfen. Sie regeln rein äußere Umstände. Daher dienen der Urteilsfällung auch nicht Entscheidungen, die nur die Urteilsfällung als einen prozessualen Akt ermöglichen sollen, wie etwa die Anberaumung des Termins zur Hauptverhandlung durch den Vorsitzenden, oder die Ablehnung des Antrags auf Verlegung des Termins, oder

die Ablehnung des Antrags auf Anberaumung eines neuen Hauptverhandlungstermins. KG. (GA. 67 464) sagt für einen Fall dieser Art: „. . . Hier handelt es sich, aber nicht um die Frage, ob die demnächstige Urteilsfällung ohne unmittelbare Anhörung bestimmter Zeugen möglich ist oder nicht, sondern darum, ob eine Hauptverhandlung unter Zuziehung dieser meist im Ausland wohnhaften Zeugen zur Zeit durchführbar ist. Diese vom Strafkammervorsitzenden in der angefochtenen Verfügung getroffene Entscheidung steht nicht in einem inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung".

Ein Zweck der Vorbereitung der Urteilsfällung kann auch nicht angenommen werden bei Entscheidungen, die über Prozeßvoraussetzungen ergehen, jedenfalls soweit es sich um Verfahrensvoraussetzungen handelt, wie die Zuständigkeit des Gerichts, sei es die sachliche oder örtliche, oder über die Ablehnung von Gerichtspersonen wegen Befangenheit. Derartige Entscheidungen haben nur den Zweck Klarheit über die Zulässigkeit des Verfahrens zu schaffen, nicht auch Aufklärung der Sache selbst. In solchen Fällen bedeutet die Nachprüfung der Entscheidung durch ein höheres Gericht keinen unangebrachten Eingriff in das Erkenntnisverfahren des erkennenden Gerichtes. So bemerkt auch OLG. München (Sammlung Bd. 2 S. 400, zit. bei Ferdinand S. 167) in einem Falle, wo es sich handelt um die Entscheidung über die Zurücknahme eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung, nachdem ein Strafbescheid einer Versicherungsbehörde ergangen war: „Die Entscheidung steht in keinem inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung, sondern hat die Vorfrage zum Gegenstand, ob das Gericht noch mit einer Untersuchung und Aburteilung der den Gegenstand des Strafbescheides bildenden Steuerhinterziehung befaßt sei, ob also überhaupt noch eine Hauptverhandlung in der vorliegenden Sache stattzufinden habe". Ferdinand (S. 166 und 168) läßt die Beschwerde allgemein zu, wenn das Gericht unter Verneinung des Vorliegens einer Prozeßvoraussetzung das Verfahren durch Beschluß einstellt. Er verneint die Zu-

lässigkeit schlechthin, wenn das Gericht über das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung in positivem Sinne entscheidet. Soweit aber eine solche Entscheidung nur eine Voraussetzung für das Verfahren betrifft, sei es bejahend oder verneinend, dient sie der Aufklärung der Sache und damit der Vorbereitung der Urteilsfällung nicht. Soweit hier trotzdem die Beschwerde nicht zuzulassen ist, beruht dies auf anderen Gründen (siehe unten).

Anders muß es dagegen sein, soweit es sich um sog. Verfolgungsvoraussetzungen handelt (Sauer S. 324). Diese betreffen die Verfolgbarkeit der Sache selbst. Entscheidungen hierüber dienen daher der Gestaltung der Sache. Entscheidungen, die das Vorhandensein oder die Herbeiführung des Strafantrags betreffen. Ebenso Entscheidungen über die Beibringung eines Sühneattestes, oder auf Aussetzung und Fristsetzung für den Privatkläger zur Veranlassung eines neuen Sühneversuches und, falls dieser erfolglos bleibt, die Beibringung der Bescheinigung hierüber (OLG. München Sammlung Bd. 7 S. 206). Zu den Verfolgungsvoraussetzungen ist auch die Verjährung, genauer das Nichtverjährtsein einer Straftat zu rechnen. KG. (Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 130) bemerkt hinsichtlich eines Beschlusses, der die Vornahme einer Handlung zur Unterbrechung der Verjährung ablehnt, Beschwerde sei zulässig, denn „der Beschluß stehe nicht mit der Urteilsfällung in einem inneren Zusammenhang, diene auch nicht zu ihrer Vorbereitung, bezwecke vielmehr dadurch, daß er die Verjährung der Strafverfolgung zulassen will, den Eintritt eines Dauerzustandes, der die Beurteilung der Frage unmöglich mache, ob der Angeklagte der ihm zur Last gelegten Straftat schuldig sei". Nach dem Gesagten kann aber hier Beschwerde nicht zulässig sein. Denn die Entscheidung hat die Frage zum Gegenstand, ob die Verfolgung noch zulässig ist. Auch sie hat daher die Bedeutung, daß von ihr sowohl die Freisprechung oder Verurteilung, als auch die das Hauptverfahren abschließende Einstellung des Verfahrens abhängig gemacht ist (vgl. OLG. München a. a. O.).

Führt eine Entscheidung ihrer Natur nach dazu, daß es zu einem Sachurteil überhaupt nicht kommt, so dient die Entscheidung nicht der Urteilsfällung. Dies sind vor allem Entscheidungen auf vorläufige Einstellung des Verfahrens, z. B. nach § 154 Abs. II StPO. So macht auch schon das Reichsgericht in der Entscheidung im 43. Band, S. 179 für diesen Fall eine Ausnahme. Hier kommt ein weiteres Verfahren und damit auch ein Urteilsverfahren, in das die Entscheidung des Beschwerdegerichts eingreifen könnte, nicht mehr in Betracht. Das Interesse des erkennenden Gerichts steht hier der Zulassung der Beschwerde nicht entgegen. Führt die Prüfung der Frage der Einstellung nicht zu einer solchen, so kann allein deshalb die Entscheidung nicht schon der Urteilsfällung dienen. Denn auch diese Entscheidung befaßt sich regelmäßig nicht mit der Aufklärung der Sache.

Dasselbe muß auch für Entscheidungen gelten, die ihrer Natur nach nur ein Prozeßurteil bezwecken. So z. B. eine Entscheidung über die Zurücknahme der Berufung (§ 302 StPO.).

2. Die Frage, ob eine Entscheidung der Vorbereitung der Urteilsfällung dient, läßt sich am sichersten beantworten nach ihrer Wirkung. Den Ausschluß der Beschwerde zu beschränken auf Entscheidungen, die tatsächlich sachgestaltende Wirkung haben, wird jedoch dem Interesse des erkennenden Gerichtes nicht gerecht. Denn ob die Wirkung eintritt, läßt sich zur Zeit des Ergehens der Entscheidung nur selten mit Sicherheit sagen. Es muß daher die Möglichkeit einer solchen Wirkung genügen. Dies ist regelmäßig der Fall bei Entscheidungen, die ihrer Natur nach, ihrer prozessualen Bestimmung nach der Sachgestaltung dienen. So alle Entscheidungen über die Beweisfrage, über Ablehnung oder Zulassung von Beweisanträgen. Umgekehrt dienen der Vorbereitung der Urteilsfällung solche Entscheidungen nicht, die nach dem Gesetz den Zweck haben eine Sachgestaltung zu verhindern, insbesondere Beschlüsse auf Einstellung des Verfahrens.

Abgesehen von solchen „spezifischen“ Sachgestaltungsmitteln, wie sie die Entscheidungen über das Beweisverfahren darstellen, gibt es auch Entscheidungen, die mehr „neutraler“ Natur sind, die an sich bloße Verfahrensentscheidungen sind, aber doch einem Sachgestaltungszweck dienen können. So insbesondere die Aussetzung des Verfahrens. Eine kürzere Unterbrechung wird regelmäßig nicht den Zweck haben das Urteil vorzubereiten. Auch eine längere Aussetzung kann ihrem Grund in Umständen haben, die mit der Urteilsfällung nicht in Zusammenhang stehen. So etwa, wenn der Angeklagte aus wichtigen persönlichen Gründen die Aussetzung für kürzere Zeit beantragt. Als der Vorbereitung der Urteilsfällung dienend bezeichnet z. B. OLG. Köln (Alb. Entsch. Bd. 2 Nr. 132) den Beschluß die Hauptverhandlung auszusetzen, weil der Angeklagte nicht vorschriftsmäßig geladen war. Ueberwiegend aber wird das Gericht aussetzen um noch erforderliche Beweismittel herbeischaffen zu können, wenn das Gericht warten will, bis es einen Zeugen, der zur Zeit am Erscheinen verhindert ist, persönlich vernehmen kann. Fälle dieser Art sind auch die Aussetzung gemäß § 262 StPO., um ein „präjudizielles“ Zivilurteil abzuwarten, oder der Beschluß auf Innehalten nach § 191 StGB. Auch Entscheidungen anderer prozessualer Art werden hierzu gerechnet. So die Entscheidung über den Antrag des Angeklagten auf Entbindung von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung gemäß § 233 StPO.

3. Gerade der letzte Fall zeigt aber, daß man immerhin Zweifel haben kann, ob derartige Entscheidungen, die nicht schon ihrer prozessualen Bestimmung nach der Sachgestaltung dienen, diesen gleichzuachten sind. So bemerkt OLG. Karlsruhe (JW. 1927 533): Die Entscheidung über den Antrag des Angeklagten aus § 233 Abs. I StPO. „spricht nur die im Gesetz grundsätzlich vorgesehene Verpflichtung des Angeklagten aus in der Hauptverhandlung ununterbrochen anwesend zu sein (§ 226 StPO.). Daran ändert auch nichts, wenn die Entscheidung darauf hinweist,

daß gerade in der vorliegenden Sache das Erscheinen des Angeklagten möglicherweise von Einfluß auf das zu erlassende Urteil sein kann". Aehnlich liegt der Fall, daß das Gericht einen Rechtsanwalt als Verteidiger ausschließt, „weil er unter Ueberschreitung von Verteidiger- und Nebenklägerrechten der Ermittelung der Wahrheit hindernd in den Weg getreten sei, weil er die objektive Wahrheitsfindung durch Handlungen erschwere, die darauf abzielen Beweisquellen zu trüben, sodaß das Gericht befürchtet bei weiterer Einwirkung des Rechtsanwalts auf Angeklagten und Zeugen sich eine „zuverlässige Unterlage für die Urteilsfällung nicht mehr beschaffen zu können." (KG. JW. 1933 485 Nr. 29; anders JW. 1933 484 Nr. 26).

In diesen Fällen hat das Gesetz keine sachgestaltende Bedeutung vorgesehen, vielmehr einen anderen Zweck (z. B. Sicherung der demnächstigen Zwangsvollstreckung und die Sorge dafür, daß die Verurteilung nicht auf Beweismaterial sich stützt, das dem Beschuldigten unbekannt geblieben ist (v. Lilienthal S. 24) für das Erscheinen des Angeklagten). Wenn hier das Gericht seine Entscheidungsmacht zu einem ganz anderen Zweck benutzt, so ist damit der eigentliche gesetzliche Zweck übergangen. Ein berechtigtes Interesse des erkennenden Gerichts an dem Ausschluß der selbständigen Nachprüfungsmöglichkeit kann in solchen Fällen nicht anerkannt werden. Mit Recht spricht hier OLG. Karlsruhe (a. a. O.) von „Mißgriffen der unteren Gerichte" bei Anwendung des § 233 StPO.

Nur Entscheidungen, die ihrer Natur nach der Sachgestaltung zu dienen sind, oder die nach dem erkennbaren Willen des Gesetzes keinen bestimmten anderen Zweck verfolgen, und nach dem Willen des Gerichts zu Sachgestaltungszwecken ergehen, sind als Entscheidungen anzusehen, die der Vorbereitung der Urteilsfällung dienen. In diesem Sinne dürfte es auch aufzufassen sein, wenn die herrschende Meinung verlangt, daß die Entscheidung ausschließlich der Vorbereitung des Urteils dienen müsse, ohne eine andere Wirkung im Verfahren zu äußern (vgl.

Löwe-Rosenberg Arm. 4 zu § 305; RG. St. 67 310). Dies hebt z. B. auch das KG. (GA. 77 223) hervor in einem Fall, in den es sich um die Anwendung des Straffreiheitsgesetzes vom 20. 12. 32 handelt. Das erkennende Gericht hat hier den Antrag des Angeklagten auf Einstellung des Verfahrens auf Grund des erwähnten Straffreiheitsgesetzes abgelehnt. Das KG. (a.a.O.) hält die dagegen eingelegte Beschwerde für zulässig, weil „es an dem Erfordernis fehlt, daß die angefochtene Entscheidung lediglich zur Vorbereitung der Urteilsfällung dient." — Eine vor der Urteilsfällung ergehende Entscheidung über die Anwendbarkeit des Straffreiheitsgesetzes verfolgt einen selbständigen prozessualen Zweck. Sie soll nicht lediglich der Beantwortung der Frage dienen, ob ein Strafanspruch gegen den Angeklagten besteht und durchgesetzt werden kann, sondern hat daneben die — dem Wesen der Niederschlagung entsprechende — Aufgabe auf schnellstem Wege zu klären, ob dem Verfahren überhaupt Fortgang zu geben ist, und ob es insbesondere zu einer Hauptverhandlung zu kommen hat."

Wollte man schlechthin nur den vom erkennenden Gericht bestimmten Zweck einer Entscheidung für maßgeblich erklären, für die Zulässigkeit oder den Ausschluß der Beschwerde, so könnte das Gericht die Nachprüfung seiner Entscheidung vielfach dadurch verhindern, daß es einen Sachgestaltungszweck in den Vordergrund stellt ohne auf den Antrag des Angeklagten und seine Begründung eingehen zu müssen. Andererseits kann natürlich auch nicht die Art und Weise des gestellten Antrags auf diese Frage Einfluß haben. Vielmehr wird zu prüfen sein, welche Frage mit der betreffenden Entscheidung geregelt werden sollte, unter Berücksichtigung der Gründe der Entscheidung, eines etwaigen Antrags und sonstiger Umstände des Einzelfalles, die Veranlassung zu der Entscheidung gegeben haben. So spricht KG. (JW. 1928 3011) von dem inneren Zusammenhang der „für die Entscheidung maßgebenden Frage" mit dem Urteil; OLG. Breslau (Recht 1931 538) sagt: „Ob der

Angeklagte persönlich erscheinen soll oder davon entbunden werden kann, dient . . . usw."; KG. (JW. 1932 962) spricht von „Beschlüssen über Abtrennung des Verfahrens".

4. Daraus ergibt sich auch, daß es für die Frage, ob die Entscheidung der Vorbereitung der Urteilsfällung dient, nicht auf den Ausfall der Entscheidung ankommen kann. Wenn die maßgebende Frage der Sachgestaltung dient, mag sie einem Antrag stattgeben oder ihn ablehnen. Es läßt sich daher z. B. auch nicht sagen ein Beschluß, welcher die beantragte Einstellung nach § 154 Abs. II StPO. ablehnt, diene der Vorbereitung der Urteilsfällung, während dies bei dem stattgebenden Beschluß nicht der Fall sei. Eine Unterscheidung in dieser Hinsicht lehnt z. B. auch KG. (GA. 77 223) ab bezüglich der Zulässigkeit der Beschwerde über einen Antrag auf Einstellung nach dem Straffreiheitsgesetz vom 7. 8. 33: „Eine solche verschiedenartige Behandlung der beiden Fälle (nämlich des dem Antrag stattgebenden und daher einstellenden Beschlusses und des abweisenden und damit die Verhandlung fortführenden) . . . ist jedoch nicht gerechtfertigt und auch sachlich nicht geboten." — Bay. ObLG. (JW. 1929 1490 Nr. 18) bemerkt: „ . . . die auf Grund des § 191 StGB. getroffene Maßnahme steht, gleichviel ob die gesetzlichen Voraussetzungen bejaht oder verneint werden, mit dem nachfolgenden Urteil in einem inneren Zusammenhang."

5. Nur wenn die Entscheidung eine vorläufige ist, kann das erkennende Gericht ein berechtigtes Interesse am Unterbleiben sofortiger Nachprüfung haben. Ein Grund dafür, auch endgültige Entscheidungen, die auch das Gericht selbst binden, von der Möglichkeit sofortiger Anfechtung auszuschließen, ist nicht ersichtlich. Endgültige Entscheidungen in der Sache selbst vor dem Urteil, wie etwa im Zivilprozeß das Grundurteil, kennt der Strafprozeß überhaupt nicht. Im übrigen aber „beschränken vorausgegangene Entscheidungen den Strafrichter in seiner Entscheidungsfreiheit nur insoweit, als dies aus dem Gesetz

selbst hervorgeht." (RG. St. 59 241). Bei Entscheidungen, die nach dem Willen des Gesetzes der Vorbereitung der Urteilsfällung dienen sollen, ist eine solche gesetzliche Bestimmung nicht anzunehmen, und zwar allgemein. Denn diese Entscheidungen sind ihrer Natur nach bereits als vorläufige gedacht. Daraus läßt sich umgekehrt schließen, daß eine Entscheidung der Vorbereitung der Urteilsfällung nicht dienen kann, wenn das Gericht auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung seine eigene Entscheidung nicht mehr abändern kann.

Die herrschende Meinung spricht hier davon, daß die Entscheidung der nochmaligen Ueberprüfung des Gerichtes bei Urteilsfällung unterliegen müsse. (Vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 4 zu § 305; RG. St. 67 310; Bay. ObLG. St. 6 406, 13 493 u. a.) Dabei soll es gleichgültig sein, „ob die fragliche Entscheidung bei der Urteilsfällung wirklich nochmals der Prüfung des Gerichtes unterliegen wird" (Bay. ObLG. Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 126b).

Zu bedenken ist aber in dieser Hinsicht, daß alle das Verfahren weiterleitenden Entscheidungen, zu denen gerade auch die der Sachgestaltung dienenden gehören, unmittelbare Wirkungen im Prozeß äußern, die vielfach nicht mehr rückgängig zu machen sind. So kann zwar das Gericht, wenn es dem Antrag des Angeklagten auf Befreiung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung stattgegeben hat, nachträglich noch zu der Ansicht kommen, daß es die persönliche Anwesenheit des Angeklagten doch nötig habe, und sein Erscheinen anordnen. Nicht dagegen kann es, wenn sein Antrag abgelehnt wurde und der Angeklagte erschienen ist, seine Entscheidung dahin ändern, daß der Angeklagte nun doch von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen entbunden werde. (vgl. Mannheim JW. 1927 533 Anm.). Wäre dieser Gesichtspunkt entscheidend, so müßten alle Entscheidungen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung, was bei den der Sachgestaltung dienenden Entscheidungen die Regel sein wird, der Beschwerde unterliegen. So z. B. auch, wenn das Gericht die Vernehmung eines Zeugen anordnet. Denn

bei Urteilsfällung kann es nicht mehr erwägen, ob es den Zeugen vernehmen soll oder nicht. Möglich ist nur noch die Erwägung, ob es die Aussage für das Urteil verwerten soll. Bei Urteilsfällung nochmals überprüfen kann, somit das Gericht immer nur die der Entscheidung zugrunde liegende Frage. In diesem Sinne auch Bay. ObLG. St. Bd. 21 159. So etwa, ob das Zivilurteil, bis zu dessen Ergehen die Verhandlung ausgesetzt wurde, für die Aufklärung des Sachverhalts noch erforderlich ist, nicht etwa nur, ob das Verfahren auszusetzen war oder nicht. Daß aber diese Frage bei den der Urteilsfällung dienenden Entscheidungen bis zur Beratung des Urteils überprüft werden kann, ergibt sich gerade aus der Natur dieser Entscheidungen als Hilfsentscheidungen für das Urteil. Als besonderes Merkmal für die unter § 305 Satz 1 fallenden Entscheidungen ist daher die nochmalige Ueberprüfungsmöglichkeit nicht zu erachten. So erwähnt Löwe-Rosenberg (zu § 305) hiervon nichts. Ebensowenig RGSt. 67, 310. Dagegen vielfach das BayObLG. (z. B. Bd. 21 159; Bd. 6 406; Bd. 13 493; Bd. 1 388).

§ 6. Fortsetzung: Das Interesse des Betroffenen an der Aufhebung der Entscheidung.

I. Zur Rechtfertigung des Ausschlusses der Beschwerde gegen Entscheidungen, die der Urteilsfällung vorausgehen, wird geltend gemacht, der von der Entscheidung Betroffene komme durch Anfechtung des Urteils zu seinem Recht. Es solle nicht die Anfechtungsmöglichkeit überhaupt, sondern nur die Möglichkeit sofortiger, selbständiger Anfechtung ausgeschlossen werden. (vgl. die Motive S. 210, Löwe-Rosenberg Anm. 1 zu § 305, Gerland S. 401). Die Anfechtbarkeit soll nicht zerrissen, sondern vereinheitlicht werden (Bennecke-Beling S. 449, 450). Wenn auch dieser Satz nicht unmittelbar im Gesetz ausgesprochen ist, so ergibt er sich doch aus der grundsätzlichen Einstellung der StPO. zur Frage des Anfechtungsrechtes. So ist besonders aus der Regelung des § 304 StPO. zu entnehmen, daß grundsätzlich gegen jede beschwerende Entscheidung

eine Anfechtungsmöglichkeit gegeben sein soll. Anders nur, wo das Gesetz ausdrücklich jede Anfechtungsmöglichkeit ausschließt.

Steht somit fest, daß dieser Gesichtspunkt den Ausschluß der Beschwerde rechtfertigt, so bleibt doch noch die Frage offen, inwieweit er bei den der Urteilsfällung vorausgehenden Entscheidungen zutrifft. Dies hängt von zwei Umständen ab: von der Natur und der Wirkung der der Urteilsfällung (zeitlich) vorausgehenden Entscheidungen und von der Ausgestaltung der Rechtsmittel gegen das Urteil.

II. Wesen und Wirkungen der Entscheidungen vor dem Urteil.

Richterliche Entscheidungen lassen sich allgemein einteilen in Urteile und prozeßleitende Entscheidungen (Bindung S. 165), nämlich Entscheidungen, die in der Sache selbst ergehen, und daneben Prozeßhandlungen des Gerichts, welche die Form von Entscheidungen haben. Aehnlich auch Gerland (S. 278): Entscheidungen in der Sache selbst und Entscheidungen, die sich auf die Sachleitung beziehen. Nur die letzteren sind hier von Interesse; denn nur sie liegen vor der Urteilsfällung.

Diese Entscheidungen wieder können entweder die Verfolgung betreffen, oder nur das Verfahren (vgl. Sauer S. 356). Soweit sie Verfolgungshandlungen sind, betreffen sie aber immer auch zugleich das Verfahren (Sauer S. 115) da die Verfolgung, wenn sie rechtlich beachtlich sein soll, sich der vorgeschriebenen Form (des Verfahrens) bedienen muß. Eine Entscheidung, die der Verfolgung angehört (z. B. ein Beweisbeschluß des Gerichtes), führt also zunächst unmittelbar eine gewisse Verfahrenslage herbei, die ihrerseits wieder die Tendenz hat, die Sache selbst irgendwie zu gestalten (z. B. durch Vernehmung eines Zeugen nach der tatsächlichen Seite hin weiter aufzuklären). Man kann daher von einer doppelten Wirkung einer solchen Entscheidung sprechen. Dagegen wirkt eine Entscheidung ohne Sachgestaltungszweck lediglich

auf das Verfahren ein. So etwa die Anberaumung eines Termines, oder die Ladung des Angeklagten, ferner wenn das Gericht dem Verletzten, der als Nebenkläger Berufung eingelegt hat, eine Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses setzt (vgl. Bay. ObLG. JW. 1925 2727 Nr. 1). Lediglich das Verfahren betrifft z. B. auch eine Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 46 StPO.

Ein beachtlicher, wenn auch nicht wesentlicher Punkt ist, daß die Entscheidungen vor dem Urteil vielfach Fragen des richterlichen Ermessens zum Gegenstand haben. Gerade bei den Entscheidungen, die der Sachgestaltung dienen, ist dies besonders deutlich erkennbar. Denn eine bindende Regel darüber, was im einzelnen Fall zur tatsächlichen und rechtlichen Aufklärung der Sache erforderlich ist, kann das Gesetz nicht geben, etwa nach Art der Beweisregeln des früheren Rechts. Es muß daher die Entscheidung dem Ermessen des Gerichts überlassen werden, das sie der Lage des einzelnen Falles viel besser anpassen kann. Es gibt aber auch Fälle, in denen das Gesetz die zu treffende Entscheidung vorschreibt, obwohl sie ebensogut dem richterlichen Ermessen hätte überlassen werden können; z. B. die Aussetzung im Falle des § 191 StGB. In anderen Fällen ist die gesetzliche Vorschrift teils bindend, teils läßt sie dem richterlichen Ermessen freien Spielraum. So kann der Vorsitzende die Zeit des Hauptverhandlungstermins nach seinem Ermessen bestimmen, während ihm das Gesetz die Anberaumung als solche beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen bindend vorschreibt. Als ein wesentliches Merkmal für eine Entscheidung vor dem Urteil, oder für gewisse Arten von solchen ist daher das mitwirkende richterliche Ermessen nicht anzusehen.

III. Die Ausgestaltung der Rechtsmittel gegen das Urteil.

Zweck der Rechtsmittel gegen das Urteil (Berufung und Revision) ist die Nachprüfung des erstrichterlichen

Urteils nach der tatsächlichen und rechtlichen, bezw. nur nach der rechtlichen Seite. Das Berufungsgericht prüft die Sache innerhalb der Berufungsanträge von neuem, wie das Gericht der ersten Instanz, ohne Bindung an dessen Verfahren, oder Feststellungen in diesem. Auf Entscheidungen, die dort vor dem Urteil ergangen sind, ist daher in der Regel überhaupt nicht einzugehen. Eine Ausnahme besteht nur gemäß § 328 Abs. II StPO„ wenn das Urteil an einem Mangel leidet, der die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren begründen würde. In diesem Falle kann das Berufungsgericht die Sache an die erste Instanz zurückverweisen. Insoweit hat also das Berufungsgericht das Verfahren erster Instanz nachzuprüfen. Außerdem aber auch hinsichtlich der Prozeßvoraussetzungen, die immer von Amts wegen zu berücksichtigen sind.

In der Revisionsinstanz wird, abgesehen von der rein materiellrechtlichen Seite, nachgeprüft, ob das Urteil auch auf Grund eines dem Gesetz entsprechenden Verfahrens zustande gekommen ist. Und zwar in Bezug auf Prozeßhindernisse, wie anderweite Rechtshängigkeit, völlige oder teilweise Rechtskraft, und Prozeßvoraussetzungen von Amtswegen und ohne Bindung an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz; andere Mängel nur auf ausdrückliche Rüge hin (§ 352 StPO.). Zu dem Verfahren das insoweit der Nachprüfung unterliegt, gehören auch die Entscheidungen, die dem Urteil vorausgehen (§ 336 StPO). Diese Vorschrift ist aber nicht so zu verstehen, daß das Revisionsgericht über diese Entscheidungen nochmals zu entscheiden hätte. Zu entscheiden ist vielmehr allein über die Mangelhaftigkeit des Urteils (Beling Festschr. S. 99). Auch ist dieses Mitbeurteiltwerden nur eine Folge davon, daß die Entscheidung zum Prozeßverfahren gehört (Beling a. a. O.). Insofern besagt die Vorschrift des § 336 nichts von § 337 abweichendes. Diese Vorschrift beurteilt das Verfahren vor dem Urteil aber immer nur unter dem Gesichtspunkt, inwiefern es geeignet war ein sachlich unrichtiges Urteil herbeizuführen sei es unmittelbar, sei es,

daß die Entscheidung ihrerseits wieder ein die Sache verschleierndes Verfahren herbeiführt. Die Berücksichtigung der Entscheidung setzt daher Kausalzusammenhang mit dem Urteil voraus. § 336 StPO. verlangt, daß das Urteil auf der Entscheidung „beruhe". Kausalzusammenhang im Sinne des materiellen Strafrechts ist hierunter nicht zu verstehen. Nach der über diesen Punkt entwickelten Rechtsprechung genügt es, wenn die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß die Entscheidung auf den Urteilsinhalt einwirken konnte. Dies trifft aber gerade bei den Entscheidungen zu, die der Sachgestaltung, der Vorbereitung der Urteilsfällung in dem oben erwähnten Sinne dienen.

Doch läßt sich nicht ohne weiteres annehmen, daß beide Kreise sich decken. Andererseits wird man verlangen dürfen, daß der für die Zulässigkeit bezw. für den Ausschluß der Beschwerde erforderte Kausalzusammenhang in derselben Weise beurteilt wird, wie derjenige für die Zulassung bezw. Nichtzulassung der Revision. In der Annahme eines solchen Zusammenhangs dürfte, wie auch Mannheim in einer Anmerkung bemerkt, zu weit gehen OLG. Dresden (JW. 1927 2076 Nr. 34), wenn es in einem Falle, in dem sowohl der Angeklagte wie der Staatsanwalt Berufung eingelegt, sodann der Staatsanwalt vor dem Urteil ohne Zustimmung des Angeklagten die Berufung zurückgenommen und das Gericht darauf das Verfahren insoweit (unzulässigerweise) eingestellt hat, auf die Beschwerde des Staatsanwalts über deren Zulässigkeit erklärt, der Beschluß stünde jedenfalls auch mit dem Urteil auf die Berufung des Angeklagten in Zusammenhang. Denn der Beschluß sei die Begründung dafür, daß das ergangene Urteil sachlich nur auf die Berufung des Angeklagten, und nicht zugleich auch auf die formell zur Erledigung gebrachte Berufung der Staatsanwaltschaft entscheide. Dagegen hat z. B. Obertribunal Kaunas (J. W. 1931 2868 Nr. 1) Zusammenhang mit dem Urteil mit Recht verneint bei einem Beschluß, durch den gegen einen in einer anderen Sache vernommenen Zeugen, gegen den

vorher Strafbefehl ergangen war, das Verfahren im Laufe seiner Vernehmung wieder aufgenommen wurde.

Von Bedeutung für die Frage des Ausschlusses der Beschwerde ist hier insbesondere noch, in welchem Umfang und mit welcher Wirkung die Entscheidung vor dem Urteil der Nachprüfung des Revisionsgerichtes unterliegen. Denn diese Entscheidungen sind vielfach, wie erwähnt, Ermessensentscheidungen und setzen in erster Linie eine Tatsachenbeurteilung voraus. Andererseits wird vielfach behauptet die Tätigkeit des Revisionsgerichts erschöpfe sich in der rechtlichen Beurteilung. Kein Zweifel ist, daß das Revisionsgericht nachzuprüfen hat, ob die gerügte Entscheidung nicht gegen eine bestimmte gesetzliche Vorschrift über das Verfahren verstoßen hat; insbesondere, ob sie nicht die Verteidigung des Angeklagten in einem für die Entscheidung in der Sache wesentlichen Punkt unzulässig beschränkt hat (§ 338 Ziff. 8 StPO.). So auch, wenn das erkennende Gericht einen Soll- bezw. Ermessenssatz selber oder eine tatsächliche Vorraussetzung desselben verkannt und so gehandelt hat, als dürfe es das „Gesollte" gar nicht oder als müsse es oder dürfe es nicht, wo doch eine Ermessensentscheidung zu erfolgen hatte (Beling Festschrift S. 99). „Dagegen", sagt Beling, „ist nicht abzusehen, weshalb darum allein das Urteil irgendwie mangelhaft sein sollte, wenn das Untergericht ein „Gesolltes" nicht getan hat, oder unzweckmäßig „ermessen" hat". Aehnlich ist auch die Ansicht OLG. Colmar, allerdings in etwas anderem Zusammenhang (bezüglich des Unterbringsbeschlusses nach § 81 StPO.; LZ. 1914 973): Ob das Gericht erster Instanz von seinem Ermessen den richtigen Gebrauch gemacht hat, diese Frage dürfe von dem höheren Gerichte nicht nachgeprüft werden; darüberhinaus aber müsse die Möglichkeit gegeben sein, gegen Beschlüsse, die gegen wesentliche gesetzliche Vorschriften verstoßen, Abhilfe zu schaffen.

Die Wirkung der Anfechtung eines Urteils mit Revision unter Geltendmachung einer mangelhaften vorausgegangenen Entscheidung ist nicht etwa die, daß das Re-

visionsgericht diese Entscheidung irgendwie abändert oder aufhebt und eine neue Entscheidung dafür erläßt, wie es das Beschwerdegericht tut. Das Verfahren als solches kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Es kann nur das Ergebnis dieses fehlerhaften Verfahrens für hinfällig erklärt werden, sodaß ein neues Verfahren stattfinden muß. Aufgehoben werden nur die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen (§ 323 StPO). Hierzu gehören jedoch die dem Urteil vorausgegangenen Entscheidungen nicht.

IV. Aus dem Zusammenhalt des unter II. und III. Gesagten ergibt sich:

1. Eine Entscheidung, die lediglich den Zweck hat der Sachgestaltung zu dienen, ist, wenn sie fehlerhaft ergangen ist, geeignet, die Revision zu begründen. Ebenso kann sie zur Zurückverweisung in der Berufungsinstanz führen. Denn hier ist die Möglichkeit, daß das Urteil auf der Entscheidung beruht niemals ausgeschlossen. Was die Verfolgung, d. h. die Wirkung auf die Sachentscheidung, anlangt, so kommt der Betroffene damit voll zu seinem Recht. Soweit dagegen die Entscheidungen nur das Verfahren betreffen, sind sie für das Urteil nicht kausal. Sie können daher auch nicht die Revision gegen das Urteil begründen.

Ist aber dann, wenn sie überhaupt keinen Einfluß auf die Sache selbst haben, die Frage nach einer Anfechtung noch von Bedeutung? Jedenfalls nur dann, wenn die Entscheidung den Betroffenen beschwert, und zwar in irgend einer anderen Richtung als in der Sache selbst. Hierfür kommt lediglich die unmittelbare Verfahrenswirkung der Entscheidung in Betracht. In der Regel wird diese allerdings den Betroffenen nicht beschweren. Etwa die Anberaumung des Hauptverhandlungstermines. (vgl. aber OLG. Hamburg GA. 75 315, das Beschwerde gegen die Ablehnung eines Antrags auf Terminsanberaumung zuläßt), oder die Ladung zur Hauptverhandlung. Möglich ist dies aber immerhin. So insbesondere, wenn die Entscheidung in die persönliche Sphäre des Betroffenen ein-

greift, z. B. die Verhaftung. Ist aber eine Beschwer denkbar, dann ist grundsätzlich auch ein Interesse des Betroffenen an einer Anfechtungsmöglichkeit gegeben. Durch die Urteilsanfechtung aber kommt ein solcher Verstoß nicht zur Nachprüfung. Es kann hier also nur eine besondere Anfechtungsmöglichkeit, eben die Beschwerde, Abhilfe schaffen. Dazu kommt, daß die sofortige Wirkung (im Gegensatz zur Auswirkung erst im Sachurteil) auch die Möglichkeit einer sorfortigen Anfechtung erfordert. Dem Interesse des von der Entscheidung betroffenen kann also insoweit nur durch die Zulassung der Beschwerde Rechnung getragen werden. Dies erkennt z. B. OLG. Düsseldorf (GA. 58 497) an, läßt aber trotzdem die Beschwerde nicht zu.

2. Diese bei der Nachprüfung des Urteils nicht berücksichtigte Wirkung ist aber nicht nur dort festzustellen, wo die Entscheidung allein das Verfahren betrifft, sondern auch da, wo die Entscheidung zwar unmittelbar das Verfahren gestaltet, ihr Endzweck aber auf die Gestaltung der Sache selbst gerichtet ist. Hier kann eine Beschwer in doppelter Weise eintreten: Die Entscheidung kann von nachteiliger Wirkung in der Sache sein; sie kann außerdem in die persönliche Sphäre des Betroffenen eingreifen.

Ein Fall dieser Art ist insbesondere die Anordnung des Gerichts, daß der Angeklagte zwecks Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand für die Dauer von höchstens 6 Wochen in einer Irrenanstalt unterzubringen sei (§ 81 StPO.). Der letzte Zweck dieser Maßnahme ist, die Aufklärung der Schuldfrage. Insofern ist die Entscheidung geeignet auf das Urteil einzuwirken. Das Revisionsgericht hat auf Rüge hin nachzuprüfen, ob das Urteil infolge eines Mangels dieser Entscheidung unrichtig werden konnte. Wenn aber etwa das Gericht angeordnet hat, daß der Angeklagte auf länger als 6 Wochen untergebracht werden sollte, oder die Unterbringung ohne den Antrag des Sachverständigen angeordnet hat (vgl. OLG. Colmar LZ. 1914 973) so besteht keine Möglichkeit, daß das Urteil auf diesem Fehler beruht. Eine Anfech-

tung des Urteils aus diesem Grunde ist daher nicht möglich. Sie würde aber auch nichts nützen, da die Unterbringung nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte.

3. Das Ergebnis ist also:

Dem Interesse des Betroffenen an der Nachprüfung einer Entscheidung vor dem Urteil ist durch die Möglichkeit der Anfechtung des Urteils nicht unbeschränkt Rechnung getragen. Er kommt nur insoweit zu seinem Rechte als die Entscheidung geeignet ist die Sache fehlerhaft zu gestalten. Soweit dagegen die Entscheidung das Verfahren gestaltet (was bei jeder Entscheidung zutrifft, die der Sachgestaltung dient), ersetzt das Rechtsmittel gegen das Urteil die sofortige Anfechtung mittels Beschwerde nicht. (vgl. auch Bay. ObLG. St. 2 194: „ . . . durch den Ausschluß der Beschwerde würde ein den Angeklagten im höchsten Grade schädigender und durch die nachfolgende Verhandlung nicht mehr rückgängig zu machender Zustand geschaffen".)

§ 7. Ausgleich der Interessengegensätze.

I. Das Interesse des erkennenden Gerichtes an ungestörter Urteilsfindung fordert den Ausschluß der Beschwerde bei allen Entscheidungen, die der Vorbereitung der Urteilsfällung in dem oben erörterten Sinne dienen. Diesem Ausschluß der Beschwerde steht das Interesse des Betroffenen an ausreichender Anfechtungsmöglichkeit insoweit nicht entgegen, als die Entscheidung der Sachgestaltung dient. Aber auch nur insoweit.

II. Von praktischer Bedeutung ist hier insbesondere das Verhältnis dieser beiden, den Ausschluß der Beschwerde bedingenden Faktoren. Sind sie jeweils demselben Kreis von Entscheidungen eigentümlich oder nicht? Praktisch bedeutet dies: genügt es für den Ausschluß der Beschwerde nach § 305 festzustellen, daß die Entscheidung der Vorbereitung der Urteilsfällung dient, oder aber die Feststellung, daß entsprechende Anfechtung mit dem Urteil möglich, also „Kausalzusammenhang" mit dem Urteil gegeben ist? Oder muß sich jeweils bei-

des feststellen lassen? Mannheim (JW. 1929 1064 Nr. 6 Anm.) z. B. ist der Ansicht, daß bei Kausalzusammenhang zwischen Vorentscheidung und Urteil die Vorentscheidung nur mit der Revision nach § 336 StPO. angreifbar sein solle, andernfalls nur mit der Beschwerde. Dies dürfte als richtig anzuerkennen sein, wenn es auch das Problem noch nicht erschöpft. In diesem Falle wäre die Beschwerde unnötig. Das Interesse des erkennenden Gerichtes am Ausschluß der Beschwerde tritt hier nicht weiter in Erscheinung. Es muß somit genügen, daß „Kausalzusammenhang" besteht zwischen der Entscheidung und dem Urteil (vorausgesetzt, daß die Entscheidung nicht auch Verfahrenswirkungen (oben § 6 IV., und unten) hat, die den Betroffenen besonders noch beschweren). Dies muß daher auch dann gelten, wenn die Entscheidung nicht der Vorbereitung der Urteilsfällung dient und doch der Nachprüfung des Berufungs- oder Revisionsgerichtes in vollem Umfang unterliegt. Dies bezieht sich insbesondere auch auf die Fälle prozessualer Verstöße, in denen das Gesetz von vorn herein allgemein die Vermutung aufstellt, daß das Urteil auf dem Mangel beruhe (absolute Revisionsgründe, § 338 StPO.). Soweit hier Entscheidungen überhaupt in Frage kommen, dienen sie nicht immer der Urteilsfällung und ihrer Vorbereitung. So z. B. eine Entscheidung über die Zuständigkeit, wenn etwa der Angeklagte den Einwand örtlicher Unzuständigkeit gebracht hat (§§ 16, 338 Ziff. 4 StPO.); ferner insbesondere Entscheidungen, welche die Verteidigung in einem für die Sachentscheidung wesentlichen Punkte in unzulässiger Weise beschränken.

Aber auch sonst läßt sich nicht von vornherein generell sagen nur auf Entscheidungen, die der Vorbereitung der Urteilsfällung dienen, könne das Urteil beruhen. Denn die Feststellung des Kausalzusammenhanges ist hier praktisch nur von der negativen Seite her möglich, d. h. es kann nur festgestellt werden, ob nicht die Möglichkeit einer Beeinflußung ausgeschlossen ist. So ist wohl nicht zu bezweifeln, daß die Zulassung des Verletzten als

Nebenkläger durch das erkennende Gericht nicht der Vorbereitung der Urteilsfällung dient. Denn das Gericht kann sich des Verletzten zum Zweck der Sachaufklärung viel einfacher dadurch bedienen, daß es ihn als Zeugen vernimmt. Trotzdem aber sagt das Reichsgericht (RGSt. 66 346): daß „grundsätzlich das Beruhen eines Urteils auf der gesetzwidrigen Zulassung einer Nebenklage jedenfalls dann nicht verneint werden kann, wenn sich der Nebenkläger an dem Verfahren beteiligt hat, weil alsdann einem nach dem Gesetz dazu nicht Berufenen eine Einwirkung auf das Verfahren und die Entscheidung (vor allem durch Ausübung des Fragerechtes, durch Erklärungen zur Sache und durch Stellung von Anträgen) ermöglicht worden ist".

In solchen Fällen ist es daher allein schon der „Kausalzusammenhang" mit dem Urteil, der den Ausschluß der Beschwerde fordert, oder doch rechtfertigt. Daß er schon für sich allein genüge betont z. B. allgemein OLG. Dresden (JW. 1932 962): „ . . . Die Frage, ob die Beschwerde auch dann auszuschließen wäre, wenn dieser Zusammenhang (gemeint ist die Vorbereitung der Urteilsfällung) nicht bestünde, braucht hier nicht entschieden zu werden. Sobald eine dem Urteil vorausgehende Entscheidung des erkennenden Gerichtes mit dem gegen das Urteil selbst zulässigen Rechtsmittel angegriffen werden kann, fehlt ein Bedürfnis nach sofortiger Sonderanfechtung".

III. Dagegen kann diese selbständige Ausschlußwirkung dem anderen bestimmenden Faktor, dem Interesse des erkennenden Gerichtes an freier, nicht nachprüfbarer Urteilsfindung, nicht ohne weiteres in der gleichen Weise zukommen. Es dürfte deshalb auch nicht genügen schlechthin für den Ausschluß der Beschwerde zu fordern, daß die Entscheidung nur der Vorbereitung der Urteilsfällung diene (so z. B. die Entwürfe zu einer neuen StPO. von 1909, 1919, 1922). Dazu kommt aber die (oben dargelegte) Besonderheit der der Vorbereitung der Urteilsfällung dienenden Entscheidungen, daß sie als Sachgestaltungsmaßnahmen ihrer Natur nach immer geeignet sind das Urteil sachlich zu beeinflußen im Sinn des § 336

StPO., und somit (was die Sache selbst betrifft) der Nachprüfung mit dem Urteil unterliegen.

Es bleibt aber noch übrig, die Entscheidungen nach der Seite zu beurteilen, hinsichtlich welcher die Anfechtung mit dem Urteil erfolglos ist, das ist nach der rein prozessualen, der Verfahrensseite. Insofern würde nach dem oben Gesagten das Interesse des Betroffenen in manchen Fällen die Zulassung der Beschwerde fordern. Andererseits kann dieselbe Entscheidung auch der Vorbereitung des Urteils dienen. Das Interesse des erkennenden Gerichtes fordert dann den Ausschluß der Beschwerde. Die Frage ist daher, welches Interesse vorgehen soll. Die Rechtsprechung hat diese Frage vor allem im Zusammenhang mit der Anordnung der Unterbringung nach § 81 StPO. entschieden. Und hier zeigt sich, daß teils das Interesse des Gerichtes, teils das Interesse des Betroffenen, hier des Angeklagten, höher eingeschätzt wurde. So sagt z. B. OLG. Marienwerder (GA. 54 102): „. . . Dazu kommt, daß es erheblichen Bedenken unterliegt, dem erkennenden Gericht ein von ihm für notwendig erachtetes Beweismittel in der Beschwerdeinstanz auf Grund des Akteninhalts zu entziehen."; ferner OLG. Darmstadt (Alsb. Entsch. Bd. 1 Nr. 209): „. . . und weil es als mißständig angesehen werden müßte, wenn ein Beschwerdegericht genötigt sein würde auf Grund der Akten eine Entscheidung des erkennenden Gerichtes nachzuprüfen, die von letzterem viel zutreffender und richtiger nach dem persönlichen Eindruck über den Angeklagten abgegeben werden kann." Diese Entscheidungen berücksichtigen lediglich das Interesse des Gerichtes. Dagegen z. B. BayOLG. (St. Bd. 2 194): „. . . Der Beschluß, durch den . . . die Unterbringung angeordnet wurde, unterliegt der nach § 81 StPO. Abs. III zugelassenen sofortigen Beschwerde auch dann, wenn er nach der Eröffnung des Hauptverfahrens erlassen wurde, weil bei ihm . . . durch den Ausschluß der Beschwerde ein den Angeklagten im höchsten Grade schädigender und durch die nachfolgende Verhandlung nicht mehr rückgängig zu machender Zustand geschaffen würde." Aehn-

lich KG. (Recht 1929 42): „Die Anordnung nach § 81 StPO. stellt eine für die Freiheit, die Gesundheit, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten in gleicher Weise einschneidende Maßnahme dar. Im Hinblick auf diese Folgen. . . . unterliegt sie der selbständigen Anfechtung mittels der sofortigen Beschwerde gemäß § 81 Abs. III StPO." BayObLG. (St. Bd. 11 80) zitiert die Begründung zum Entwurf einer StPO. (§ 309), wo es u. a. heiße: „Zwar ist nicht zu verkennen, daß dem erkennenden Gerichte eine ihm für die Urteilsfällung notwendig erscheinende Feststellung unmöglich gemacht wird, wenn das im Beschwerdeweg angerufene Gericht die Maßregel nicht für angemessen erachtet. Diese Rücksicht muß jedoch zurücktreten, da es sich hier um eine so schwere, in die persönlichen Rechte eingreifende Maßregel handelt, daß eine Kontrolle durch ein höheres Gericht nicht entbehrt werden kann". OLG. München (Sammlung Bd. 7 92) weist darauf hin, daß die Sachlage hier entsprechend sei wie bei der Verhaftung. Gegen Entscheidungen hierüber ist aber, ebenso wie über Beschlagnahme, Beschwerde ausdrücklich zugelassen nach Satz 2 des § 305 StPO. Dieser ausdehnenden Auslegung des Satz 2 folgt z. B. auch Ferdinand (S. 165). Die Ansicht geht davon aus, daß die dort aufgeführten Maßnahmen, insbesondere die Entscheidungen über Verhaftung und Beschlagnahme, nur als Beispiele zu erachten seien. Dem dürfte zuzustimmen sein; und zwar aus den angeführten Gründen. Nicht aber, wie die Motive behaupten, weil es in diesen Fällen an einem inneren Zusammenhang der Entscheidung mit der Urteilsfällung fehle. Denn auch die Verhaftung, wie die Beschlagnahme haben den Zweck der Sachgestaltung zu dienen, diese, weil sie Beweismittel liefern soll, jene, weil sie entweder die Person des Beschuldigten für die Vollstreckung sicherstellen, oder die Verwischung vorhandenen Beweismaterials durch ihn verhindern soll. Dagegen haben die Motive insofern Recht, als auf derartigen Entscheidungen das Urteil nicht beruhen kann, eine Anfechtung mit dem Urteil daher nicht in Frage kommt.

Entgegengehalten kann dieser Ansicht von der analogen Anwendung des Satz 2 des § 305 jetzt allerdings werden, daß das Gesetz dort seit dem Gesetz vom 24. 11. 33 (RGBl. I S. 1000) die Unterbringung gemäß § 81 StPO. ebenfalls ausdrücklich aufzählt, dies aber nicht notwendig gewesen wäre, wenn diese Vorschrift entsprechend hätte angewandt werden können und sollen. Eine besondere Begründung zu jener Aenderungsbestimmung wurde nicht gegeben. Es läßt sich daher ebensogut schließen, daß die Einfügung nur eine Ergänzung der wichtigsten Fälle war, wie daß es eine Aenderung im Umfang der „Ausnahmen" sein sollte. Eine wirkliche Ausnahme kann wohl nicht angenommen werden, da ja die Zulassung dem Prinzip des § 304 StPO. entspricht.

Die Zulassung der Beschwerde hängt somit in diesen Fällen von den konkreten Wirkungen der Entscheidung im einzelnen Falle außerhalb der Sache selbst ab. Daß diese Wirkung verschieden sein kann und auch meistens verschieden ist, je nachdem die Entscheidung positiv oder negativ ausfällt, ist ohne weiteres einzusehen. Während sonst die Zulässigkeit der Beschwerde nicht von dem Ausfall der Entscheidung abhängt, ist dies hier anders. Daraus erklärt sich auch, daß in solchen Fällen z. B. gegen den die Unterbringung anordnenden Beschluß Beschwerde zulässig sein soll, gegen den die Unterbringung ablehnenden Beschluß dagegen nicht (vgl. z. B. BayObLG. St. 2 194).

Die Heranziehung des Satz 2 gibt auch einen Anhaltspunkt dafür, inwieweit die Beschwerde in solchen Fällen zuzulassen ist, wenn einerseits der Betroffene durch Anfechtung des Urteils nicht voll zu seinem Recht kommt, andererseits aber das Interesse des erkennenden Gerichtes den Ausschluß der Beschwerde fordert. Denn die Verhaftung, wie die Beschlagnahme sind immerhin erhebliche Eingriffe in die persönliche Sphäre des Angeklagten. Nur wenn die Entscheidung einen annähernd gleich schweren Eingriff enthält, kann eine entsprechende Anwendung des Satz 2 und damit eine Zulassung der Beschwerde ge-

rechtfertigt sein. Bei der Unterbringung des § 81 trifft dies zu. Es ist insbesondere auch aus dem Gesetz zu schliessen, da allein bei dem Beschluß nach § 81 der Beschwerde eine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. § 81 enthält ferner im ganzen Strafverfahren den einzigen Fall, in welchem der Beschwerde des Beschuldigten aufschiebende Wirkung beigelegt wird (Köhler Ger. Saal Bd. 53 S. 191 Anm. 3). Nicht genügen dürfte z. B. daß der Angeklagte weit entfernt vom Gerichtsorte wohnt und wegen Mangels an Reisegeld den Antrag stellt ihm von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung zu befreien, was aber abgelehnt wird. (vgl. Bay. ObLG. St. Bd. 13 493). Auch wenn man daher den inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung in diesem Falle bejahen würde, könnte doch nicht die Zulassung der Beschwerde aus diesem Gesichtspunkte wieder gefolgert werden. Ueber die Aussetzung des Verfahrens nach § 262 StPO. und die dadurch bedingte, auch für den Angeklagten bedeutsame Verzögerung des Verfahrens sagt z. B. OLG. Düsseldorf (GA. 58 497): „Gerade im vorliegenden Falle tritt die für den Beschwerdeführer nachteilige Folge der Anwendbarkeit des § 305 StPO. (die er durch Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Urteil nicht mehr zu beseitigen vermag) scharf zutage. Gegen die Verzögerung des Verfahrens, die eine notwendige Folge der beschlossenen Aussetzung ist, und die eine recht erhebliche sein kann, ist er machtlos." Einen Grund für diese Ansicht gibt OLG. Düsseldorf allerdings nicht.

III. Einen ähnlichen Eingriff wie die Beschlagnahme dürfte die Durchsuchung nach §§ 192ff. StPO. darstellen, die in § 305 Satz 2 ebenfalls nicht erwähnt ist. So bemerkt OLG. Rostock (Alsb. Entsch. Bd. 1 Nr. 252): „Die Gründe, die dazu geführt haben, für die Beschlagnahme eine Ausnahme zu machen, rechtfertigen es, den Satz 2 auch auf die Anordnung der Durchsuchung anzuwenden."

§ 8. Die weiteren „Ausnahmen“ des Satz 2.

I. Das Urteil anfechten kann grundsätzlich nur, wer Partei ist, im Strafprozeß der Staatsanwalt und der Angeklagte eventuell ein Privat- oder ein Nebenkläger. Werden durch eine Entscheidung vor dem Urteil andere Personen betroffen, z. B. Zeugen, Sachverständige, der Verteidiger, so scheidet für sie der Gesichtspunkt vollständig aus, daß sie durch Anfechtung des Urteils die Entscheidung von einem höheren Gerichte nachprüfen lassen könnten. Um eine Ausnahme von den oben festgestellten Grundlagen handelt es sich hierbei eigentlich nicht. Denn soweit andere als die Verfolgungssubjekte von der Entscheidung betroffen werden, kann diese nicht der Sachgestaltung dienen und ebensowenig für das Urteil kausal sein. Hier ist die Ansicht der Motive für richtig zu halten, daß ein innerer Zusammenhang mit der Urteilsfällung nicht bestehe.

Die Frage, wer als „dritte Person“ anzusehen ist, dürfte sich nach dem oben angegebenen Gesichtspunkt beantworten lassen, ob der Betroffene allgemein in der Lage ist, das Urteil anzufechten oder nicht. Nur im letzten Falle ist er „Dritter“. Der Angeklagte z. B. kann daher niemals Dritter sein. Dies ist verschiedentlich behauptet worden für den Fall, daß der Verletzte als Nebenkläger zugelassen wurde. So KG. (GA 57 234), OLG. Braunschweig (LZ. 1920 903). Die Entscheidung über die Zulassung des Nebenklägers kann aber nicht als ein besonderes Verfahren gegen diesen angesehen werden. Es handelt sich auch hier um eine Entscheidung im Rahmen des Verfahrens gegen den Angeklagten. In diesem Sinne z. B. auch OLG. Colmar (LZ. 1918 1182 und DStRZ. 1915 563). Dort heißt es insbesondere: „ . . Wenn § 305 am Schluß das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Beschlüsse des erkennenden Gerichts zuläßt, durch welche dritte Personen betroffen werden, so schließt sich das an § 304 Abs. II StPO. an, und will das dort vorgesehene Beschwerderecht „anderer Personen“ auch gegen Beschlüsse

des erkennenden Gerichts wahren. Für den Angeklagten dagegen wird das Beschwerderecht gegen die der Eröffnung des Hauptverfahrens nachfolgenden Gerichtsbeschlüsse durch die Schlußworte des § 305 StPO. „Entscheidungen, durch welche dritte Personen betroffen werden nicht erweitert."

Diese Bemerkung des OLG. Colmar zeigt auch, daß die anzufechtende Entscheidung jeweils relativ zu betrachten ist, d. h. vom Standpunkt des Betroffenen aus. Betroffen werden können von ein und derselben Entscheidung mehrere Personen. Sie kann, wenn sie einen am Verfahren Beteiligten betrifft in Zusammenhang mit der Urteilsfällung stehen. Soweit andere Personen betroffen werden, ist für diese der Zusammenhang ohne Bedeutung. Ihnen gegenüber kann sich das Interesse des erkennenden Gerichtes am Unterbleiben der Nachprüfung einer der Vorbereitung der Urteilsfällung dienenden Entscheidung nicht durchsetzen. So kann z. B. gegen den Beschluß, der einen Rechtsanwalt von der Verteidigung ausschließt, weil er die objektive Wahrheitsfindung hindere (KG. JW. 1933 458) zwar nicht der Angeklagte, oder für diesen der Rechtsanwalt Beschwerde einlegen, wohl aber gegebenenfalls der Rechtsanwalt in eigenem Namen. Ebenso, wenn der Antrag des Wahlverteidigers, der die Verteidigung niedergelegt hat, ihn als Pflichtverteidiger zu bestellen, abgelehnt wird (KG. JW. 1932 1772 Nr. 23).

Denkbar ist allerdings auch der Fall, daß der Angeklagte von einer Entscheidung betroffen wird, die nicht in dem Verfahren gegen ihn ergeht. Insofern muß auch er als Dritter das Beschwerderecht haben (vgl. OLG. Colmar Alsb. Entsch. Bd. 1 Nr. 50).

II. Als eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des Satz 1 des § 305 führt Satz 2 die Straffestsetzungen auf. Es handelt sich hier um Ordnungsstrafen, die sowohl gegen den Angeklagten, wie gegen dritte Personen ergehen können. Der zu I. angeführte Grund kann daher nicht maßgebend sein. Der Grund dürfte vielmehr darin liegen, daß es sich um eine Entscheidung handelt, die ein beson-

deres, für sich abgesondertes Verfahren im Hauptverfahren abschließt, und daher in keinerlei Zusammenhang mit der Urteilsfällung steht, insbesondere auch nicht bloß vorläufiger Natur ist, derart, daß das Gericht sich mit der darin behandelten Frage bei Urteilsfällung nochmals befassen würde. Oetker (S. 16) spricht hier von „Nebenentscheidungen" im Gegensatz zu den „Normalentscheidungen".

§ 9. Die Beschwerde im Berufungs-, Revisions- und Wiederaufnahmeverfahren.

I. Auch das Berufungs- und Revisionsgericht ist „erkennendes" Gericht im Sinne des § 305. (Für die Strafkammer als Berufungsgericht vgl. Bay. ObLG. St. Bd. 21 159). Die Berufungsinstanz gleicht in ihrem Aufbau und Verfahren im wesentlichen der ersten Instanz. Aber auch in der Revisionsinstanz sind Entscheidungen zur Vorbereitung der Urteilsfällung nicht ausgeschlossen, wenn auch die wichtigsten Entscheidungen dieser Art, diejenigen über das Beweisverfahren, nicht mehr in Betracht kommen.

Ein Vorverfahren wie in erster Instanz geht hier nicht voraus. Dagegen hat das Gericht, bevor es auf die Sache, selbst eingeht, die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu prüfen. Als besonderer Verfahrensabschnitt ist dies jedoch nicht anzusehen; vielmehr ist das Berufungs- bezw. Revisionsgericht erkennendes Gericht, sobald die Sache bei ihm anhängig wird (vgl. RG. St. 43 179; OLG. Celle GA. 61 159). Dies ist der Fall mit Uebergabe der Akten durch die Staatsanwaltschaft an den Vorsitzenden des Gerichtes (§§ 320, 347 StPO.).

Da die StPO. heute regelmäßig nur mehr *ein* Rechtsmittel gegen das Urteil erster Instanz kennt, nämlich nur Berufung *oder* Revision, ist in beiden Verfahren *ein* Gesichtspunkt hinfällig, der für den Ausschluß der Beschwerde im Verfahren in erster Instanz eine entscheidende Rolle spielt: die Möglichkeit der Anfechtung der Entscheidung

mit dem Urteil. Stillschweigend vorausgesetzt muß aber bei diesem Erfordernis immer werden: soweit das Urteil seiner Natur nach noch anfechtbar ist, ohne daß es für die Zulassung oder den Ausschluß der Beschwerde darauf ankäme, ob im einzelnen, konkreten Fall noch ein Rechtsmittel gegen das Urteil möglich ist. Die Zulassung der Beschwerde in den Rechtsmittelinstanzen aus diesem Grunde würde auch, wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, eine Art weitere Instanz schaffen, was vom Gesetz aber gerade nicht gewollt ist. (Lamm, § 6, bezeichnet es für den früheren Rechtszustand geradezu als einen Zweck der Zulassung der Beschwerde vor der Hauptverhandlung in landgerichtlichen Strafsachen gegenüber dem Ausschluß der Berufung in diesen Sachen: es sei das einzige Mittel, um Fehler und Lücken der Beweisaufnahme vorzubeugen.)

Auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz ist somit eine Beschwerde nur dann für ausgeschlossen zu erachten, wenn die Entscheidung in innerem Zusammenhang mit der Urteilsfällung steht und ihrer Vorbereitung dient, soweit nicht noch die besondere Beschränkung des § 304 StPO. eingreift, wenn das Verfahren vor dem Reichsgericht oder vor dem Oberlandesgericht stattfindet.

II. Das Wiederaufnahmeverfahren zerfällt in zwei verschiedene Teile (Gerland S. 158): in einen Teil, in dem das Gericht lediglich zu prüfen hat, ob das Verfahren wiederaufgenommen, die Sache von neuem wie in erster Instanz verhandelt und entschieden werden soll; bei Bejahung dieser Frage erst folgt der zweite Teil, die erneute Durchführung des Verfahrens. Dieser Teil steht einem ursprünglichen Verfahren in erster Instanz vollkommen, also auch hinsichtlich des Ausschlusses der Beschwerde nach § 305 gleich. Anders beim ersten Teil. Ferdinand (S. 163) rechnet die Entscheidungen, die aus Anlaß eines Wiederaufnahmeantrags ergehen, zu den Entscheidungen, die der Urteilsfällung nachfolgen, und daher mit Beschwerde anfechtbar seien. Anders eine Entscheidung des BayObLG. (JW. 1932 2736 Nr. 5), die dieses Verfahren bis zur Er-

neuerung der Hauptverhandlung als besonderes Verfahren demjenigen vor dem Urteil gleichstellt. Rein zeitlich liegen solche Entscheidungen allerdings nach dem Urteil. Sachlich aber ist die Lage die gleiche, wie bei den Entscheidungen vor dem Urteil. Der das Verfahren abschließende Beschluß nach § 370 StPO. entspricht dem Urteil. Die Beschwerde ist daher ebenfalls dann nicht zuzulassen, wenn die Entscheidung in innerem Zusammenhang mit jener Entscheidung nach § 370 steht und deren Vorbereitung dient.

Eine besondere Stellung hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschwerde nimmt im übrigen das Wiederaufnahmeverfahren nicht ein. Insbesondere ist Beschwerde nicht auf Grund des § 372 StPO. in weiterem Umfange als sonst zulässig (OLG. Karlsruhe HRR. 4 923).

II. Abschnitt:

§ 10. Einzelne Fälle.

I. Entscheidungen, gegen die Beschwerde nach § 305 Satz 1 ausgeschlossen ist:

1. Entscheidungen über das Beweisverfahren:

Von dieser Art von Entscheidungen gehen insbesondere die Motive aus, um den Ausschluß allgemein zu begründen. Denn die Entscheidungen über das Beweisverfahren sind für das Urteilsverfahren geradezu typisch. Hier tritt der innere Zusammenhang mit der Urteilsfällung besonders deutlich hervor. Für diese Fälle bestimmt auch das Gesetz schon in § 245 StPO. für die Verhandlung vor dem Amtsrichter, dem Schöffengericht und dem Landgericht in der Berufungsinstanz, daß das Gericht in diesem Punkte möglichst freie Hand haben soll.

a) In Betracht kommen insbesondere Beweisbeschlüsse des Gerichts selbst; ebenso aber auch Entscheidungen über Anträge des Staatsanwalts oder des Angeklagten auf Erhebung bestimmter Beweise. Hierzu gehören nicht nur Anträge auf Ladung von Zeugen, sondern auch auf Vernehmung von Sachverständigen, Herbeischaffung von Augenscheinsobjekten. So auch z. B. der Antrag das Gericht solle das Zeugnis der Lokalschulkommission erholen (BayObLG. St. Bd. 3 605). Um eine Beweisfrage dürfte es sich auch handeln, wenn beantragt wird, das Gericht solle die über den Nebenkläger bei einer Behörde geführten Personalakten beschlagnahmen (BayObLG. DRZ. 23 130). Entscheidungen über das Beweisverfahren sind insbesondere auch die Entschei-

dungen des Vorsitzenden nach §§ 219 ff. StPO. Auch sie dienen der Vorbereitung der Urteilsfällung (vgl. schon OLG. Köln Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 73a; BayObLG. St. Bd. 9 123).

b) Der Antrag auf kommissarische Vernehmung eines Zeugen wird regelmäßig einem gewöhnlichen Beweisantrag gleichzuachten sein. Soweit es sich aber um die Frage drehen sollte, ob der Zeuge gerade kommissarisch zu vernehmen, oder aber seine Vernehmung der Hauptverhandlung vorzubehalten sei, würde eine Entscheidung hierüber mit der Urteilsfällung nicht in innerem Zusammenhang stehen. Wenn auch der Angeklagte oder das Gericht ein Interesse daran haben kann den Zeugen persönlich zu hören, so ist dies doch nicht der typische vom Gesetz gewollte Zweck der kommissarischen Vernehmung. Insoweit müßte daher die Beschwerde für zulässig erachtet werden. (Anders OLG. Karlsruhe GA. 40 219 Anm. 1a). Soweit aber ein Antrag vor der Hauptverhandlung abgelehnt wird, wird der Antragsteller nur dann beschwert sein, wenn infolge der Versagung der kommissarischen Vernehmung die Vernehmung des Zeugen überhaupt entfällt. Dies kommt dann der Versagung des Beweismittels gleich, wogegen Beschwerde ausgeschlossen ist. Diese versagt auch OLG. Darmstadt (Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 85).

c) Mit der Beweisfrage hängt auch zusammen, ob ein Zeuge vereidigt werden soll oder nicht. Denn das Gesetz geht grundsätzlich davon aus, daß ein beeidigtes Zeugnis die Ueberzeugung des Richters mehr beeinflußt als das unbeeidigte. Um eine Ermessensfrage handelt es sich hierbei allerdings meist nicht, sondern nur um die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften. Nach der Ansicht des OLG. Colmar (zu § 81 LZ. 8 973) wäre daher die Beschwerde zuzulassen. Das Gericht kann aber immer noch bis zum Urteil die Beeidigung nachholen, oder die beeidigte Aussage als unbeeidigte verwerten. Für sich allein hat also die Entscheidung keinerlei Bedeutung. Auch kann das Urteil wegen eines solchen Verstoßes an-

gefochten werden. Beschwerde ist daher nicht zuzulassen. (vgl. BayObLG. St. 1 388).

d) Entscheidungen über die Ablehnung eines Sachverständigen:

Auch Sachverständige sind Beismittel (Bennecke-Beling S. 366). Die StPO. behandelt sie allerdings in einzelnen Beziehungen als Richtergehilfen (Bennecke-Beling a. a. O.); so auch hinsichtlich der Ablehnung. Aber auch nur bezüglich der Gründe. Nicht auch bezüglich der Anfechtung der Entscheidung hierüber. (vgl. OLG. Dresden JW. 1930 2592). Insoweit gelten wieder die allgemeinen Bestimmungen; der Sachverständige ist als Beweismittel zu behandeln. Auch KG. (JW. 1930 2592) rechnet die Ablehnung eines Sachverständigen zum Beweisverfahren. Die Zurückweisung des Ablehnungsantrags dient der Beibehaltung des gewählten Beweismittels, das zusammen mit den übrigen die Grundlage für das Urteil abgeben soll. Die Entscheidung dient daher der Vorbereitung der Urteilsfällung (OLG. Dresden JW. 1930 3361). Das KG. (a. a. O.) weist insbesondere auch darauf hin, daß ein derartiger die Ablehnung zurückweisender Beschluß mit dem Urteil angefochten werden könne. Es besteht die Möglichkeit, daß das Sachurteil auf dem Gutachten des befangenen Sachverständigen und damit auf der Abweisung des Ablehnungsgesuches beruht. Beschwerde ist daher ausgeschlossen. (vgl. auch KG. JW. 1928 1949; OLG. Breslau DRZ. 22 156).

Beschwert sein könnte durch eine derartige Entscheidung auch der Sachverständige selbst, nämlich dann, wenn das Gericht dem Ablehnungsgesuch stattgibt. (vgl. Mamroth JW. 1930 2592 Nr. 27 Anm.). Doch dürfte es sich hier kaum um eine prozessuale Beschwerung handeln, sodaß nur Aufsichtsbeschwerde in Betracht kommen wird.

2. Während im allgemeinen die Aussetzung der Verhandlung nicht ohne weiteres der Vorbereitung der Urteilsfällung dient (siehe unten), ist dies in zwei Fällen ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen. Es ist dies die Aussetzung gemäß § 262 StPO. und § 191 StGB.

a) Nach § 262 StPO. Abs. II kann das Gericht, wenn die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses abhängt, die Untersuchung aussetzen und einem der Beteiligten zur Erhebung der Zivilklage eine Frist setzen, oder das Urteil des Zivilrichters abwarten. BayObLG. spricht auch hier von einem Beweismittel (Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 133b). Immerhin kann es als Hilfsmittel zur Beschaffung von Urteilsgrundlagen bezeichnet werden. Denn wenn auch das Strafgericht das bürgerliche Rechtsverhältnis selbständig würdigen kann, so kann es sich doch auch der Beurteilung des Zivilrichters anschließen. Insofern ist die Entscheidung, die auf Herbeiführung oder Abwarten des Zivilurteils abzielt, geeignet der Vorbereitung des Urteils zu dienen, und auf ihr kann auch das Urteil beruhen. (vgl. auch OLG. Dresden Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 133a). Der Beschluß hat auch nur vorläufige Natur. Das Gericht kann bis zur Urteilsfällung immer noch sich überlegen, insbesondere mit vielleicht fortschreitender Aufklärung in der Sache, ob es auf die Erhebung der Zivilklage überhaupt ankommt, ob das Urteil des Zivilgerichts abzuwarten und dem Strafurteil zugrunde zu legen sei (BayObLG. St. Bd. 9 408), und ob es nicht demgemäß schon vor Ergehen des Zivilurteils oder vor Ablauf der Frist die Verhandlung wieder aufnehmen will.

Soweit die Aussetzung angeordnet wird, beschwert sie wohl regelmäßig den Staatsanwalt oder den Angeklagten in der Sache selbst nicht. Eine Anfechtung des Urteils aus diesem Grunde dürfte daher kaum in Frage kommen. Immerhin ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß das Urteil auf dem Aussetzungsbeschluß und damit auf der Vorentscheidung beruht (§ 336 StPO.) Beschwerde ist daher nicht für zulässig zu erachten. So BayObLG. (a. a. O.), OLG. Dresden (a. a. O.), OLG. Düsseldorf (GA. 58 497), OLG. Celle GA. 38 218). Löwe-Rosenberg (Anm. 3 zu § 262) bemerkt unter Hinweis auf RG. St. 7 146, 18 123, daß eine Revision nicht ohne weiteres darauf gestützt werden könne, daß das Gericht kei-

nen Gebrauch von der Befugnis des § 262 Abs. II StPO. gemacht habe. Dies müßte dann auch für den Fall gelten, daß das Gericht den Antrag auf Aussetzung abgelehnt hat. Es ist aber nicht einzusehen, warum hier nicht auch das Urteil auf diesem ablehnenden Beschlusse beruhen könnte. Denn es besteht immerhin die Möglichkeit, daß das Gericht das zivilrechtliche Verhältnis nicht richtig beurteilt hat, aber richtig beurteilt hätte, wenn es das Zivilurteil abgewartet hätte.

Einen besonderen Fall der Aussetzung nach § 262 StPO. behandelt OLG. Rostock (Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 133c): Das Landgericht hat zunächst Frist gesetzt nach § 262. Die Zivilklage wurde jedoch nicht erhoben. Das Gericht beschloß darauf in einem weiteren Termine, daß das Verfahren bis auf weiteres in Gemäßheit des früheren Beschlusses auszusetzen sei, weil das in demselben erwähnte präjudizielle Urteil des Zivilgerichts zur Zeit nicht ergangen sei. Auf die Beschwerde des Angeklagten hin wurde die Strafkammer angewiesen in der Sache selbst zu entscheiden. Das Beschwerdegericht begründet die Zulassung der Beschwerde damit, daß die Aussetzung ein ständiges Ruhen der Strafsache herbeiführen könnte, bezw., da der Zeitverlust überall sich später nicht würde beseitigen lassen, der Angeklagte niemals in der Lage sein würde durch ein späteres Rechtsmittel in der Sache selbst die ihm zugefügte Verletzung zu rügen. Wesentlich dürfte hier vor allem sein, daß die zweite Entscheidung des Landgerichts, die das Verfahren weiterhin aussetzt, obwohl die Zivilklage nicht erhoben wurde, ihrer Natur nach nicht mehr der Vorbereitung der Urteilsfällung dienen kann. Durch die Aussetzung wird allerdings der Angeklagte nicht nur in der Sache, sondern auch insofern betroffen, als er längere Zeit im Ungewissen über sein Schicksal bleibt, als wie wenn das Gericht sofort selbst über die zivilrechtliche Frage entschieden hätte. Auch kann, wie OLG. Rostock erwähnt, der Zeitverlust durch Anfechtung des Urteils nicht mehr gutgemacht werden. Soweit aber die Entscheidung noch der Vorbereitung der Urteilsfällung

dient, wird der Angeklagte diese Nachteile mit in Kauf nehmen müssen.

b) Ein dem § 262 StPO. entsprechender Fall findet sich im gerichtlichen Steuerstrafverfahren nach § 433 RAbg. O. Anders als in § 262 StPO. ist hier allerdings die Aussetzung bindend vorgeschrieben, wenn eine Verurteilung wegen Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung davon abhängt, ob ein Steueranspruch besteht. Dies ist aber noch kein Grund die Beschwerde zuzulassen, da im übrigen die Entscheidung in inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung steht, insbesondere auch nicht die Ablehnung der Endentscheidung bedeutet (KG. GA. 73 260).

c) Einem ähnlichen Zweck wie die Aussetzung nach § 262 StPO. dient auch die Aussetzung nach §§ 164 Abs. VI und 291 StGB.. Nach letzterer Vorschrift ist bei einem Verfahren wegen übler Nachrede oder Verleumdung, wenn die behauptete oder verbreitete Tatsache eine strafbare Handlung des Verletzten ist, und deshalb zwecks Herbeiführung eines Strafverfahrens bei der Behörde Anzeige gemacht ist, bis zur Beendigung der eingeleiteten Untersuchung mit dem Verfahren und der Entscheidung über die Beleidigung inne zu halten. Auch hier ist das Gericht zum Aussetzen ohne weiteres verpflichtet, ohne daß dies von seinem Ermessen abhinge. Daß bei Anfechtung des Urteils auf Rüge hin die höhere Instanz nachprüfen müsse, ob § 191 StGB. zu beobachten war und beobachtet wurde, betont besonders Bay. ObLG. JW. 1929 1490 Nr. 18. Schon RG. (St. Bd. 12 53) bemerkt, daß die Verurteilung des Angeklagten auf einer Verletzung des § 191 StGB. beruhen könne. (vgl. auch Bay. ObLG. Recht 1931 136).

3. Entscheidungen über den Antrag auf persönliches Erscheinen des Privatklägers.

Gemäß § 387 Abs. III StPO ist das Gericht befugt das persönliche Erscheinen auch des Privatklägers anzuordnen. Dies soll nicht nur den Zweck haben einen Sühneversuch zu ermöglichen, sondern auch Aufklärung

des Sachverhalts durch Anhörung der Parteien (KG. HRR. 1929 1885). Die Entscheidung hierüber dient daher der Vorbereitung der Urteilsfällung; das Urteil kann darauf beruhen (vgl. Bay. ObIG. St. 1 43).

4. Während in den angeführten Fällen der den Entscheidungen ihrer Natur nach innewohnende Zweck der Sachgestaltung auch zur Folge hat, daß die Möglichkeit einer Beeinflußung des Sachurteils nicht ausgeschlossen ist, dient in gewissen Fällen die Entscheidung nicht der Vorbereitung der Urteilsfällung; trotzdem aber kann das Urteil mit der Rüge angefochten werden, diese Entscheidung sei zu unrecht ergangen. Es sind dies insbesondere die Fälle der absoluten Revisionsgründe nach § 338 StPO. Davon dürften jedoch für Entscheidungen vor dem Urteil nur zwei in Betracht kommen: die Entscheidung über die Ablehnung eines Richters (§ 338 Ziff. 3) und die Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichts (§ 338 Ziff. 4).

a) Die Entscheidung über die Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit wird vielfach als Anwendungsfall des § 305 Satz 1 bezeichnet (so z. B. Ferdinand S. 169; Birkmeyer zu § 347). Es ist aber nicht einzusehen, inwiefern die Frage, ob ein Richter geeignet ist eine bestimmte Sache zu gestalten, der Sachgestaltung dienen soll. Weitläufigkeiten und Mißbräuche (vgl. die Motive zu § 28 S. 138) sind hier nur insofern denkbar, als sich die Beschwerde gegen eine Entscheidung eines erkennenden Richters richtet, was jedoch noch kein hinreichender Grund sein kann, die Beschwerde auszuschließen (vgl. oben S. 8, 9). Aber nach § 338 Ziff. 3 StPO. wird in einem solchen Falle, wenn ein Richter mit Grund aber erfolglos wegen Befangenheit abgelehnt wurde, der Kausalzusammenhang mit dem Urteil kraft Gesetzes ohne weiteres vermutet. Da die Zurückweisung eines Ablehnungsantrags nur in der Sache selbst sich auswirken kann, kommt der Angeklagte durch Anfechtung des Urteils zu seinem Recht (vgl. OLG. Hamburg LZ. 1916 1565).

b) Die Entscheidungen über die Zuständigkeit: Diese ist an sich nur eine Verfahrensvoraussetzung (vgl. Sauer S. 365). Eine Entscheidung hierüber dient deshalb auch nicht der Vorbereitung der Urteilsfällung. Anders OLG. Celle (GA. 61 159). Eine Beschwerde kommt hier nur in Betracht, wenn das Gericht seine (sachliche oder örtliche) Zuständigkeit zu Unrecht annimmt und dies durch besonderen Beschluß ausspricht, etwa auf den Einwand des Angeklagten hin, oder wenn es seine örtliche Unzuständigkeit ausspricht und deshalb das Verfahren einstellt. Für den ersten Fall läßt § 338 Ziff. 4 StPO. die Anfechtung des Urteils zu, ohne daß auch nur die Möglichkeit bestehen müßte, daß das Urteil auf der Entscheidung beruhe. Es fehlt daher das Interesse an sofortiger Sonderanfechtung. Beschwerde ist daher nicht zulässig. Anders im zweiten Fall. Hier kommt § 338 Ziff. 4 nicht in Betracht wie überhaupt eine Anfechtung mit dem Urteil. Beschwerde ist daher insoweit zuzulassen (so auch Ferdinand S. 166). Daß andererseits Beschwerde gegen die Abweisung des Einwands der örtlichen Unzuständigkeit nach § 305 StPO. ausgeschlossen sein soll, bemerkt beiläufig RG. JW. 1933 444 Nr. 33.

c) Entscheidungen über die Zulassung des Nebenklägers nach §§ 395, 396 StPO.

Zu unterscheiden ist hier zwischen der Beschwerde des Nebenklägers, die wohl nur in Betracht kommt, wenn er nicht zugelassen wird, und der Beschwerde des Angeklagten gegen die Zulassung. Daß der Nebenkläger über die Nichtzulassung als „Dritter", im Sinn des § 305 Satz 2 Betroffener das Beschwerderrecht hat, wurde bereits oben (S. 49) erwähnt. (vgl. auch BayObLG. JW. 1929 1064 Nr. 6). Ebenso, daß dies nicht die Zulässigkeit der Beschwerde für den Angeklagten begründen kann (so KG. GA. 57 234; OLG. Braunschweig LZ. 20 903, was OLG. Dresden Alsb. Entsch. Bd. 3 Nr. 131c mit Recht bestreitet; ebenso OLG. Colmar LZ. 18 1182).

Der Vorbereitung der Urteilsfällung dient die Zulassung des Verletzten als Nebenkläger nicht. Das erken-

nende Gericht wird nicht zur Aufklärung der Sache sei es in tatsächlicher oder in rechtlicher Beziehung den Nebenkläger benötigen. Dagegen kann das Urteil auf der Entscheidung über die Zulassung oder Nichtzulassung des Nebenklägers beruhen (RG. St. 66 346; so auch Mannheim JW. 1929 1064 Nr. 6 Anm.) Es kann nicht richtig sein den inneren Zusammenhang mit dem Urteil schlechthin zu verneinen, wie dies OLG. Kiel (JW. 1933 2077 Nr. 20) und Löwe-Rosenberg Anm. 3 zu § 396 tun, und dementprechend Beschwerde des Angeklagten zulassen. Für Zulassung der Beschwerde auch RG. (St. 51 129), jedoch ohne Begründung. Dagegen lassen Beschwerde nicht zu: OLG. Colmar (Alsb. Entscheidungen Bd. 2 Nr. 136), Marienwerder (LZ. 18 1165), BayObLG. (JW. 1929 1064 Nr. 6), Mannheim (ebenda, Anm.), OLG. Dresden (Sächs. Arch. 26 99).

II. Entscheidungen, gegen welche Beschwerde schlechthin zuzulassen ist, auch wenn das erkennende Gericht sie erlassen hat:

1. Entscheidungen, welche die Frage zum Gegenstand haben, ob ein Sachurteil überhaupt noch ergehen soll. Sie dienen nicht der Gestaltung der Sache, sondern nur der Klärung der Frage, ob die Sache noch gestaltet werden soll. Hierher gehören:

a) Entscheidungen über die Einstellung des Verfahrens nach § 154 Abs. II StPO. Möglich ist, daß das Gericht nach § 154 einstellt ohne den Antrag der Staatsanwaltschaft, oder daß es den Antrag der Staatsanwaltschaft auf vorläufige Einstellung nach § 154 StPO ablehnt. Soweit eine Beschwerde nicht aus anderen Gründen für unzulässig zu halten ist (vgl. RG. St. 66 326), ist sie nach § 305 StPO. nicht ausgeschlossen. Im ersten Falle, wenn ein Einstellungsbeschluß ergeht, verhindert er die Durchführung des weiteren Verfahrens bis zum Urteil (RG. JW. 1933 446 Nr. 37). Er kann daher auch nicht der Vorbereitung der Urteilsfällung dienen. Die Entscheidung kann den Angeklagten in der Sache selbst beschweren; denn die Klärung der Sache liegt auch in seinem Interesse. Da

ein Urteil nicht ergehen kann, stünde ihm kein Rechtsmittel zur Verfügung. Es muß daher Beschwerde zulässig sein. Gegen Zulassung der Beschwerde Bay. ObLG. (DRZ. 18 654; 20 424). Für Zulassung dagegen OLG. Düsseldorf (GA. 70 249), OLG. Dresden (Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 64) und KG. (JW. 1932 1229 Nr. 6), auch Löwe Rosenberg (Anm. 1a zu § 304). Wird der Antrag auf vorläufige Einstellung abgelehnt, so verhindert zwar dieser Beschluß das Sachurteil nicht; er dient aber auch nicht der Vorbereitung des Sachurteils. Er ermöglicht nur das Urteil als einen Verfahrensakt. Die Entscheidung kann auch das Urteil inhaltlich nicht beeinflussen. Die Revision könnte nicht auf die Unrichtigkeit dieses Beschlusses gestützt werden. Die Beschwerde ist daher auch für diesen Fall zuzulassen.

Die gleiche rechtliche Lage ergibt sich für Entscheidungen über vorläufige Einstellung nach § 205 StPO., wegen Abwesenheit des Angeschuldigten oder wenn der Angeklagte in Geisteskrankheit verfallen ist, soweit hier überhaupt ein erkennendes Gericht den Beschluß erläßt. Dies ist nicht ohne weiteres ausgeschlossen, da der Einstellungsbeschluß nach § 205 auch nach der Eröffnung des Hauptverfahrens ergehen kann. Für diesen Fall ist dann auch Beschwerde zuzulassen.

b) Erledigung des Rechtsmittelverfahrens durch Zurücknahme des Rechtsmittels. Eine Entscheidung hierüber betrifft lediglich den Fortgang des Verfahrens und verhindert gegebenenfalls ein Sachurteil. Beschwerde ist daher zugelassen.

(Löwe-Rosenberg Anm. 11 zu § 302; KG. JW. 1932 3126 Nr. 19).

c) Entscheidungen über die Einstellung des Verfahrens auf Grund eines Amnestiegesetzes.

Die zugrunde liegende Frage ist hier ähnlich wie bei der Einstellung nach § 154 StPO., ob überhaupt noch das Verfahren zur Gestaltung der Sache bis zum Urteil fortgeführt werden soll; also nicht der Zweck, irgendwie der Urteilsfällung zu dienen. Entscheidungen über die

Einstellung des Verfahrens auf Grund eines Amnestiegesetzes verfolgen vielmehr einen selbständigen prozessualen Zweck. Die der Einstellung zugrunde liegende Frage ist zwar auch die Anwendbarkeit des Amnestiegesetzes in dem Sinne, daß der Beschuldigte straflos bleibt, und diese Frage ist auch bei Urteilsfällung nochmals zu überprüfen; der ausschlaggebende Punkt aber für die Prüfung dieser Frage schon in diesem Zeitpunkt ist die eventuelle Einstellung des Verfahrens, das Aufgeben der weiteren Verfolgung. Es muß daher Beschwerde für zulässig erachtet werden und zwar sowohl gegen den die Einstellung ablehnenden, wie gegen den einstellenden Beschluß (vgl. KG. GA. 77 223; OLG. Naumburg GA. 70 316: OLG. Stuttgart JW. 1933 1611). Dagegen halten die Beschwerde für ausgeschlossen, wenn die Entscheidung die Anwendbarkeit des Amnestiegesetzes verneint, und damit die Einstellung des Verfahrens ablehnt: KG. JW. 1934 3303 Nr. 17 und OLG. Hamburg GA. 70 310, jenes mit der Begründung, daß diese Entscheidung in innerem Zusammenhang mit der Urteilsfällung stehe und der Vorbereitung derselben diene, ohne eine andere Wirkung im Verfahren zu äußern, dieses damit, daß die Möglichkeit der Anfechtung mit dem Urteil bestehe. Demgegenüber betont z. B. OLG. Naumburg (a. a. O.) mit Recht, daß die Entscheidung ein besonderes Verfahren darüber darstelle, ob das Hauptverfahren fortzusetzen sei, deren Nachprüfung keine Aufschiebung bis nach dem Urteil vertrage. Dem Interesse des Angeklagten ist mit der Anfechtung des Urteils nicht genügt; andererseits ist ein entgegenstehendes Interesse des Gerichts nicht ersichtlich.

d) Ablehnung des Antrags des Staatsanwalts die Berufung des zur Hauptverhandlung nicht erschienenen Angeklagten sofort zu verwerfen. Auch hier ist Beschwerde zuzulassen, da die Entscheidung weder der Vorbereitung der Urteilsfällung dient, noch sonst in innerem Zusammenhang mit derselben steht. (vgl. OLG. Stuttgart GA. 40 219 Anm. 1c).

2. Gewisse Entscheidungen betreffen zwar nicht den

Fortgang des Verfahrens, wohl aber allein die Gestaltung des Verfahrens, ohne Eingehen auf die Sache selbst; bloße Verfahrensentscheidungen, die nicht zur Verfolgung gehören (vgl. Sauer S. 356). Und zwar ergibt sich diese Zweckbestimmung aus dem Gesetz selbst. Zu erwähnen sind:

a) Entscheidungen über den Antrag des Angeklagten auf Befreiung von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung gemäß § 233 StPO. Die Frage ist ziemlich bestritten. Für den Ausschluß der Beschwerde wird insbesondere geltend gemacht, das erkennende Gericht habe dem Antrag deshalb nicht stattgegeben, weil es die persönliche Anwesenheit des Angeklagten für die Urteilsfindung benötige, die Entscheidung also der Vorbereitung der Urteilsfällung diene und mit ihr in innerem Zusammenhang stehe (vgl. KG. JW. 1928 3011; OLG. Breslau Recht 1931 538; Löwe-Rosenberg Anm. 5c zu § 233). Jedoch ist zu bedenken, daß das Gesetz grundsätzlich davon ausgeht, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung anwesend sein muß (§ 230 Abs. I StPO.). Nur ausnahmsweise darf er davon befreit werden. Dies aber dann aus Gründen, die allein in seiner Person liegen. Sein Interesse soll hier berücksichtigt werden. Allerdings nur bei kleineren Fällen. Insofern ist vom Gesetz schon das Interesse an der Sachaufklärung bei größeren Sachen berücksichtigt. Es dürfte daher nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen, wenn das Gericht die Entscheidung nur vom Standpunkt der Sachaufklärung aus trifft. So sagt auch OLG. Karlsruhe (JW. 1927 533 Nr. 19) es bestehe zwischen der Ablehnung des Antrags des Angeklagten und dem später zu erlassenden Urteil noch kein regelmäßiger innerer Zusammenhang. Die Entscheidung spreche nur die im Gesetz grundsätzlich vorgesehene Verpflichtung des Angeklagten aus, in der Hauptverhandlung ununterbrochen anwesend zu sein (§ 226 StPO.). Daran ändere sich auch nichts, wenn die Entscheidung darauf hinweise, daß gerade in der vorliegenden Sache das Erscheinen des Angeklagten möglicher-

weise von Einfluß auf das zu erlassende Urteil sein könne. Ebenso BayObLG. (St. 13 493). Daß dagegen die Folge der ablehnenden Entscheidung, das Erscheinen des Angeklagten bei Urteilsfällung nicht mehr nachgeprüft werden könnte (Mannheim JW. 1927 533 Nr. 19 Anm.; OLG. Breslau Alsb. Entsch. Bd. 2 Nr. 87 d), könnte die Zulassung der Beschwerde nicht rechtfertigen — inneren Zusammenhang der Entscheidung mit dem Urteil und Zweck der Vorbereitung vorausgesetzt —, da das in Frage kommende Interesse des Angeklagten — das Fernbleiben aus persönlichen Gründen — das Interesse des Gerichts am Unterbleiben einer Nachprüfung nicht überwiegen könnte.

b) Entscheidungen über den Antrag des Angeklagten auf Bestellung eines Verteidigers nach § 141 StPO.

Ob der Angeklagte einen Verteidiger bekommen soll oder nicht, hat auf die Gestaltung der Sache unmittelbar keinen Einfluß. Es fehlt hier jeder innere Zusammenhang mit dem Urteil. Wenn auch der einmal bestellte Verteidiger auf die Gestaltung der Sache Einfluß nehmen kann, so hängt die Entscheidung der Frage, ob dem Angeklagten ein Verteidiger bestellt werden soll, doch nicht davon ab, ob eine solche Beeinflußung der Sache nach Ansicht des Gerichts angemessen und zweckmäßig ist. Die Ablehnung des Antrags stellt sich auch nicht als unzulässige Beschränkung der Verteidigung nach § 338 Ziff. 8 StPO. dar. Die herrschende Meinung läßt daher auch hier die Beschwerde zu. So schon ohne nähere Gründe RG. St. 48 386; ferner BayObLG. (St. 6 406), OLG. Karlsruhe (HRR. 5 682) und insbesondere RG. St. 67 310 und Köhler (Ger. Saal 53 176). Löwe-Röse-Rosenberg nimmt unter Bezugnahme auf OLG. Darmstadt (HRR. 7 722) als besonderen Fall aus, wenn der Antrag in der Hauptverhandlung gestellt und dort abgelehnt wird. Ein Grund für diese besondere Behandlung und den Ausschluß der Beschwerde in diesem Falle, ist jedoch nicht ersichtlich, wenn man allgemein Hauptverfahren und Hauptverhandlung gleich behandelt.

c) Die Entscheidung über die Zulassung einer Widerklage.

Im Privatklageverfahren kann gemäß § 388 StPO. der Angeklagte Widerklage erheben. Auch sie bedarf der Zulassung durch das Gericht. Wie sich insbesondere aus Abs. III des § 388 ergibt, ist die Widerklage nicht als bloßes Mittel gedacht um gemäß § 199 StGB. das bereits anhängige Privatklageverfahren zu beeinflussen. § 199 StGB. ist nicht nur im Falle der Widerklage anwendbar. Der Beschluß über Zulassung der Widerklage steht vielmehr in seinem rechtlichen Charakter der Entscheidung über die Zulassung des Nebenklägers gleich (OLG. Dresden JW. 1932 962). Die Zulassung dient daher wie die Zulassung des Nebenklägers nicht der Vorbereitung der Urteilsfällung. Sie kann aber kausal sein für das Urteil (so auch OLG. Dresden a. a. O.). Es ist daher auch hier Beschwerde nicht zuzulassen, soweit es sich um die Zulassung der Widerklage handelt.

Das gleiche müßte allerdings auch bei Nichtzulassung gelten. Hier wird aber § 210 StPO. Abs. II für entsprechend anwendbar erklärt (vgl. Doerr Anm. 1 zu § 388; Beling S. 438). Einen Fall dieser Art betrifft auch die Entscheidung des OLG. Königsberg (DRZ. 1931 138), das hier ebenfalls die Beschwerde zuläßt. Es läßt sich außerdem nicht sagen, das Urteil, welches infolge der Nichtzulassung der Widerklage nur über die Tat des Privatbeklagten ergeht, beruhe insoweit auf dem Nichtzulassungsbeschluß. Das Urteil könnte daher aus diesem Gesichtspunkt nicht angefochten werden. Beschwerde wäre somit auch ohne die Heranziehung des § 210 Abs. II StPO. nach nach § 304 StPO. zuzulassen.

d) Lediglich das Verfahren betrifft es, wenn das Gericht zu entscheiden hat über den Antrag dem Privatkläger Frist zu setzen zur Einzahlung des rückständigen Kostenvorschusses in der Berufungsinstanz. Die Fristsetzung dient nur dem Fortbetrieb des Verfahrens und enthält kein Eingehen auf die Sache selbst (Bay. ObLG. JW. 1927 2061; vgl. auch Bay. ObLG. JW. 1928 2727 Nr. 1).

e) Eine Entscheidung über den Antrag des Rechtsanwaltes des Privatklägers auf Einsichtgewährung in die Akten betrifft ebenfalls nur das Verfahren und enthält kein Eingehen auf die Sache. Beschwerde ist daher zuzulassen (Bay. ObLG. St. 10 10).

III. Der Strafprozeß kennt auch Entscheidungen, denen kein bestimmer einheitlicher Verfahrens- oder Sachgestaltungszweck nach dem erkennbaren Willen des Gesetzes zugrunde liegt, die aber je nach den Umständen und nach der Bestimmung, die ihnen das erkennende Gericht gibt, entweder auch der Sachgestaltung oder lediglich der Verfahrensgestaltung dienen. Je nachdem ist hier die Beschwerde auszuschließen oder zuzulassen. In Betracht kommen vor allem zwei Arten von Entscheidungen:

a) Entscheidungen über Aussetzung des Hauptverfahrens. Fälle, in denen die Aussetzung schon nach Gesetz der Sachgestaltung dient, wurden bereits oben (I, 2) erwähnt. Das Gericht kann aber auch aussetzen, z. B. um einen Zeugen, der für die Hauptverhandlung infolge Erkrankung nicht erscheinen konnte, in der Hauptverhandlung doch noch vernehmen zu können, und deshalb seine Wiederherstellung abzuwarten. Auch in einem solchen Falle ist Beschwerde nicht zuzulassen. Wenn dagegen z. B. der Entscheidung über die Aussetzung die Frage zugrunde liegt, ob zur Zeit die Hauptverhandlung überhaupt durchführbar ist, und ausgesetzt wird, weil diese Frage vom Gericht verneint wurde, so dient die Aussetzung hier auch nach dem Willen des Gerichtes nicht der Vorbereitung der Urteilsfällung. Beschwerde ist daher für zulässig zu erachten. (vgl. KG. GA. 67 464). Ebensowenig dient die Aussetzung der Vorbereitung der Urteilsfällung, wenn ihr Grund die nichtvorschriftsmäßige Ladung des Angeklagten, und deshalb sein Ausbleiben ist. (OLG. Köln (Alsb. Entsch. Bd. 2 132) läßt hier allerdings Beschwerde nicht zu, weil die Aussetzung die Beseitigung eines der Aburteilung entgegenstehenden Hindernisses bezwecke).

Gegen den Beschluß auf Aussetzung und Zurückverweisung zur Eröffnung der Voruntersuchung hält OLG. München (Sammlung Bd. 1 557) Beschwerde für zulässig da die Entscheidung nicht in innerem Zusammenhang mit der Urteilsfällung stehe, nicht der Vorbereitung der künftigen Hauptverhandlung diene und bei der späteren Urteilsfällung nicht der nochmaligen Prüfung des Gerichts unterliege.

b) Entscheidungen über Trennung und Verbindung von Sachen. Löwe-Rosenberg (Anm. 4b zu § 2) bemerkt hierzu: „Zusammenhängende Sachen können verbunden werden. Es ist hier die Rücksicht der prozessualen Zweckmäßigkeit maßgebend". Die prozessuale Zweckmäßigkeit wird zwar meist nach der Gestaltung der Sache sich richten. Es können aber auch rein verfahrenstechnische Gründe in Betracht kommen. So läßt Beschwerde nicht zu OLG. Karlsruhe (Recht 1931 787) gegen den Beschluß der den Antrag auf Trennung zweier Privatklagesachen ablehnt. Zu welchen Zwecken dies geschehen ist, ist in der Entscheidung allerdings nicht ausgesprochen. Es heißt dort nur: „Die Verbindung war und bleibt zweckmäßig." Doch ist hier der Sachgestaltungszweck aus den übrigen Umständen ersichtlich. Allgemein für Ausschluß der Beschwerde in Fällen der Trennung und Verbindung erklärt sich KG. in JW. 1932 962. Dagegen verneint LG. Breslau (JW. 1929 2778 Nr. 4) den inneren Zusammenhang zwischen einem Verbindungsbeschluß und dem Urteil, und damit auch den Ausschluß der Beschwerde. (Ebenso Stern in der Anmerkung hierzu.)

IV. Entscheidungen, gegen welche trotz inneren Zusammenhanges mit der Urteilsfällung und Zweck der Vorbereitung auf diese die Beschwerde zuzulassen ist. Hierunter fallen zum Teil die Entscheidungen in Satz 2 des § 305; bisher auch, obgleich dort nicht erwähnt, die einstweilige Unterbringung in eine Irrenanstalt nach § 81 StPO. aus den oben erwähnten Gründen.

Schluß.

Mit Rücksicht auf eine kommende Reform des Strafprozeßrechtes ist die Frage nicht unberechtigt, ob die Vorschrift des § 305, sei es überhaupt, sei es in ihrer jetzigen Form in eine neue StPO. Aufnahme finden soll. Da nicht zu erwarten ist, daß die grundsätzliche Zulassung der Beschwerde im Sinne des § 304 fallen gelassen wird, ist andererseits eine besondere beschränkende Bestimmung für Entscheidungen der erkennenden Gerichte wohl kaum entbehrlich. Dies umso mehr, als gerade die Stellung des Gerichts eine Stärkung erfahren wird, was im Strafprozeß, wo es sich um die Bewährung staatlicher Autorität handelt, nicht unberechtigt erscheint. Das darf aber doch nicht dazu führen schlechthin gegen jede Entscheidung des erkennenden Gerichts die Beschwerde auszuschließen. Soweit berechtigte Interessen für eine sofortige Anfechtung anzuerkennen sind, wird auch jetzt Beschwerde zuzulassen sein. Allerdings dürfte, soweit es sich um die Abwendung von Einwirkungen des Verfahrens auf persönliche Verhältnisse des Angeklagten handelt, ein strengerer Maßstab anzulegen sein für die Prüfung der Frage, ob das in Betracht kommende Interesse des Angeklagten ein „berechtigtes" ist. Denn der Angeklagte hat im Hauptverfahren kein Recht mehr auf besonders schonende Behandlung. Denn wenn auch seine Schuld noch nicht feststeht, so ist doch immerhin auf Grund des bereits angesammelten Materials der gegen ihn vorhandene Verdacht einer strafbaren Handlung geprüft und bejaht worden (bisher von Gericht und Staatsanwaltschaft, künftig wohl nur mehr von der Staatsan-

waltschaft). Auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes läßt es sich aber kaum rechtfertigen, schlechthin jede Anfechtung von Entscheidungen vor dem Urteil durch selbständige Beschwerde auszuschließen, ohne auf die im einzelnen Fall in Betracht kommenden Interessen einzugehen. Insbesondere kann der Ausschluß der Beschwerde nicht das geeignete Mittel sein um Verschleppungsabsichten zu begegnen, oder um allgemein den Prozeß zu beschleunigen (wie dies der IX. internationale Strafrechts- und Gefängniskongreß in Berlin (JW. 1935 2925 vorschlägt).